Anspruch auf Schadenersatz neben den Gewährleistungsansprüchen aus dem Kaufvertrag.

Ein Beitrag zur Lehre von der positiven Vertragsverletzung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Järisch
Referendar aus Hamburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 18. November 1912.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

207

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Braut.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0029

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§§ 1—2.	Einleitung: Problemstellung	1
§ 3.	I. Begriff der positiven und negativen Pflichtverletzungen	6
§ 4.	II. Konkurrenz beider Arten	13
§ 5.	1. Grundlage und Inhalt der Ansprüche aus positiver und negativer Pflichtverletzung	15
§§ 6—9.	2. Gewährleistungsansprüche nur wegen negativer Pflichtverletzung	16
§ 10.	III. Beurteilung der Konkurrenz in der Literatur und Rechtsprechung	24
§§ 11—12.	1. Negative Pflichtverletzung und Gewährleistungsvorschriften	25
	2. Gegner der unbedingten Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen.	
§ 13.	a) Völliger Widerspruch	28
§ 14.	b) Bedingte Zustimmung	30
§§ 15—16.	c) Oertmanns Ansicht	32
§ 17.	3. Unterscheidung von Spezies- und Genuskauf bei der Frage nach der Konkurrenz	35
§§ 18—21.	IV. Wesen und Wirkung der Konkurrenz	38

Literaturverzeichnis.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
v. Blume in Iherings Jahrbüchern Bd. 55 S. 231 ff.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2, 2. 1901.
Dernburg in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 1—5.
l. 13 pr. § 1 Dig. 19, 1.
Dörr im Recht 1908 S. 207.
Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4./5. Aufl. 1910.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5.—7. Aufl. 1908.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl.
Hölder in der Festgabe für Scheurl. 1884.
Kipp in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 253 ff.
Kipp im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 31 S. 175 ff.
Kipp in Grünhuts Zeitschrift Bd. 32 S. 178.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.
Krückmann im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 101 S. 190 ff.
Krückmann in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 205.
Lehmann im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 96 S. 60 ff.
Lent, Fr., Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß Bd. 1 1912.
Lesser, Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen. 1906.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.
Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.
Müller in Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 530 ff.
Müller im Recht 1902 S. 541 ff. u. 576 ff.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1910.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. Berlin 1897. (zit.: Prot.)
Schöller in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 26 ff.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Iherings Jahrbüchern 1905 Bd. 49 S. 93 ff.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2 1907, Bd. 1 1912.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 1904. (zit.: Pos. Vertr.-Verl.)
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. 1907/08.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
Werner im Recht 1902 S. 476 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wolff in Iherings Jahrbüchern Bd. 56 S. 50—51.

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 50 S. 262, Bd. 52 S. 18 ff., Bd. 53 S. 89, Bd. 53 S. 200 ff., Bd. 54 S. 102, Bd. 54 S. 287, Bd. 57 S. 115.
Entscheidungen des Reichsgerichts. In der Juristischen Wochenschrift Bd. 33 S. 359, 1903 S. 215, 1907 S. 541, 1906 S. 300 Ziff. 3.
Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts. In Seufferts Archiv Bd. 56 S. 392.

Die zitierten Paragraphen bezeichnen das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn nichts anderes gesagt ist.

Einleitung.

Problemstellung.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Käufer einer Sache mit verschiedenen Gewährleistungsansprüchen ausgestattet, indem es davon ausgeht, daß der Käufer mit einer mangelhaften Lieferung sich nicht zufrieden zu geben braucht. Unter mangelhafter Lieferung versteht das Gesetz die Lieferung einer Sache, welche mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder nicht unerheblich mindern, oder deren Abwesenheit zugesichert ist.[1])

Die Geltendmachung einer derartigen Mangelhaftigkeit der verkauften Sache durch die Gewährleistungsansprüche hängt aber einerseits von Voraussetzungen ab, andererseits ist die Mannigfaltigkeit der Gewährleistungsansprüche durch Voraussetzungen bestimmt. Voraussetzung der Gewährleistungsansprüche ist in erster Linie das Vorhandensein des Mangels im Zeitpunkt des Gefahrüberganges.[2]) Das besagen die §§ 459, 480 Abs. 1 aus-

[1]) BGB. §§ 459, 463, 480. Über die Frage, ob arglistiges Verschweigen eines Fehlers nur ein spezialer Fall des § 459 Abs. 1 ist und infolgedessen der arglistig verschwiegene Fehler derart sein muß, daß er den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum mindesten erheblich mindert, oder ob auch das arglistige Verschweigen eines nur unerheblichen Fehlers bereits den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 463 auslöst, wenn dieser Fehler nur nicht so minimal ist, daß er im Verkehr gar nicht beachtet und empfunden wird, s. Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. R. und Zivilprozeß Bd. 1 (1912) S. 215/16; Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 4. u. 5. Aufl. (1910) § 331 II, 3 und Anm. 21. And. A. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 3. u. 4. Aufl. (1910) Bem. 3 zu § 463; RG. v. 30. 4. 1904 in JurW. Bd. 33 S. 359.

[2]) Übergabe an den Käufer (§ 446) oder Abgabe an den Transportführer beim Versendungskauf (§ 447).

drücklich. Scheinbar widerspricht § 463: „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft . . .". Dieser scheinbare Widerspruch wird noch verstärkt durch die ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung in § 480 Abs. 2, nach welcher beim Genuskauf die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges fehlen muß, damit der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründet wird. Richtiger Ansicht nach widerspricht aber der § 463 nicht dem § 459, sondern setzt nur eine neue Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, d. h. wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaft, so daß diese nicht nur zur Zeit des Gefahrüberganges, sondern schon im Zeitpunkt des Kaufes fehlen muß. Denn der § 463 nimmt die Voraussetzungen des § 459 in sich auf. Wenn dies auch bestritten ist,[3]) so ist doch hier lediglich auf die unsere Ansicht bestätigenden ausführlichen Erörterungen von Fr. Lent[4]) hinzuweisen und besonders zu betonen, daß die Voraussetzung für einen Gewährleistungsanspruch immer ein die Rechtsstellung des Käufers beeinträchtigender Mangel der Kaufsache ist, ein solcher aber fehlt, wenn die zugesicherte Eigenschaft zwar zur Zeit des Kaufes gefehlt hat, dagegen während des Gefahrüberganges vorhanden ist.[5])

Weitere Voraussetzung für die Gewährleistungsansprüche gibt § 460 in negativer Form: Der Käufer darf den Mangel der Sache beim Kaufabschluß nicht kennen;[6]) seine Unkenntnis darf auch

[3]) Oertmann a. a. O. zu § 463 Nr. 2 u. 3.

[4]) a. a. O. S. 212—216. Gl. A. Enneccerus a. a. O. § 331 II, 3 und Anm. 21; Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 2, 2 (1901) § 184 IV S. 52; Schollmeyer in Iherings Jahrb. 1905 Bd. 49 S. 96.

[5]) Interessant ist es, wie Oertmann (s. Anm. 3) für die gegenteilige Ansicht den Konflikt zu lösen versucht. Vielfach erstrecke sich die Zusicherung von Eigenschaften erst auf die Zeit des Gefahrüberganges (der Vertragserfüllung). Auch sonst sei der Anspruch des Käufers nach Heilung des Mangels der zugesicherten Eigenschaft in der Regel gegenstandslos, weil damit sein Interesse auf Null zusammengeschmolzen sei. In diesem Fall seien aber jedenfalls die Gewährleistungsansprüche existent geworden.

[6]) And. A. Oertmann a. a. O. zu § 463 Nr. 4, insoweit der Verkäufer gemäß BGB. § 459 Abs. 2 Eigenschaften zugesichert hat. In diesem Fall hafte der Verkäufer auch dem wissenden Käufer. Ebenso Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 56 S. 50/51.

nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen, es sei denn, daß der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder das Vorhandensein des Fehlers arglistig verschwiegen hat.[7])

Sind nun diese Voraussetzungen gegeben, so stehen dem Käufer als Gewährleistungsansprüche in erster Linie der Anspruch auf Wandelung, Minderung oder beim Genuskauf auf Ersatzlieferung zu.[8]) Hat der Verkäufer eine Eigenschaft beim Kaufabschluß zugesichert und fehlt diese Eigenschaft bereits zur Zeit des Kaufabschlusses, oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen und haftet dieser verschwiegene Fehler der Kaufsache noch zur Zeit des Gefahrüberganges an,[9]) so kann der Käufer statt der genannten Gewährleistungsansprüche Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[10]) Damit sind die vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelten Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen Mangels einer Sache erschöpft.[11])

§ 2.

Unsere Aufgabe ist es nun nicht, das Verhältnis dieser Gewährleistungsansprüche untereinander zu prüfen. Es handelt sich auch nicht um den in den §§ 463, 480 Abs. 2 festgelegten Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei der Frage, ob neben den Gewährleistungsansprüchen noch ein weiterer Schadenersatzanspruch begründet ist. Einmal sagt das Gesetz ausdrücklich, daß der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus den §§ 463, 480

---

[7]) Weitere Voraussetzungen für die Gewährleistungsansprüche macht § 461 im Falle eines Pfandverkaufes in öffentlicher Versteigerung.

[8]) §§ 462, 480 Abs. 1. Vom Viehkauf wird hier abgesehen.

[9]) Auch beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers gilt dasselbe wie beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bezüglich des scheinbaren Widerspruches des § 463 zu § 459 Abs. 1; s. oben Anm. 3—5.

[10]) §§ 463, 480 Abs. 2.

[11]) Über die Frage, ob außerdem noch Fälle möglich sind, in denen der Verkäufer dem Käufer Gewähr zu leisten hat, so insbesondere, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses die zugesicherte Eigenschaft vorhanden war, aber vor dem Gefahrübergang wegfiel, s. Mot. Bd. 2 S. 229 (vgl. auch Prot. Bd. 1 S. 688); Staudinger, Komm. z. BGB. 3. u. 4. Aufl. (1908) zu § 463 Nr. 4; Oertmann a. a. O. zu § 463 Nr. 1a, insbes. Vorbem. 2 vor § 459.

Abs. 2 nur statt, also nicht neben den übrigen Gewährleistungsansprüchen gegeben ist.[1]) Andererseits ist der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung auch ein Gewährleistungsanspruch. Die hier zu erörternde Frage ist vielmehr die, ob neben den sämtlichen Gewährleistungsansprüchen, also auch neben dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, ein weiterer Schadenersatzanspruch des Käufers „wegen positiver Pflichtverletzung", die der Verkäufer zu vertreten hat, im Rahmen des Kaufvertrages zu begründen ist. Es steht also auch nicht die Konkurrenz eines deliktischen Schadenersatzanspruches aus §§ 823 ff. mit den Gewährleistungsansprüchen zur Untersuchung. Ein Beispiel[2]) mag die Problemstellung erläutern. Jemand kauft Saatweizen. Der Verkäufer liefert schuldhaft brandigen Saatweizen. Infolgedessen bringt die Ernte dem Käufer weniger ein und wird dessen Acker für die nächste Saatbestellung entwertet. Hiermit hat der Verkäufer dem Käufer einen zwiefachen Schaden verursacht: Minderwert der Ernte und Entwertung des Ackers, beide verursacht bei Gelegenheit der Erfüllung des Kaufvertrages, nämlich durch Lieferung des brandigen Saatweizens. Mit dieser einen Lieferung hat der Verkäufer in doppelter Hinsicht seine Vertragspflicht verletzt. Insofern der brandige Weizen den Minderwert der Ernte hervorruft, liegt die Pflichtverletzung des Verkäufers in der Lieferung von Weizen, der sich zur Aussaat nicht eignet, also in der Lieferung von schadhaftem Saatweizen. Der Verkäufer hatte nach § 243 Saatweizen von mittlerer Art und Güte zu liefern. Ist aber Saatweizen dieser Art und Güte brandig, so ist er — in der Sprache des Gesetzes ausgedrückt — nicht unerheblich mit Fehlern behaftet, die den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen und nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch, nämlich zur Aussaat, wenn nicht aufheben, so doch mindern. Infolgedessen hat der Käufer wegen des Minderwertes seiner Ernte die Gewährleistungsansprüche auf Wandelung, Minderung oder Lieferung fehlerfreien Saatweizens, oder statt dessen auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wenn er sich die Güte und Keim-

[1]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 687 (vgl. unten S. 22).
[2]) RG. Bd. 52 S. 19 Bd. 53 S. 200.

fähigkeit des Saatweizens beim Kaufabschluß noch besonders hatte zusichern lassen. Soweit dagegen sein Acker entwertet ist, liegt die Pflichtverletzung des Verkäufers nicht bloß in der Lieferung des schadhaften, weil zur Aussaat nicht geeigneten Saatweizens — dadurch ist der Acker nicht entwertet —, sondern in der positiven Handlung: in der Lieferung von Saatweizen mit der „schädigenden" Eigenschaft des Brandes, also in der Lieferung von schädlichem Weizen. Erst durch die Schädlichkeit des Saatweizens, die zu der Schadhaftigkeit desselben hinzukommt, ist die Entwertung des Ackers bedingt. Stehen dem Käufer nun wegen dieser Ackerentwertung ebenfalls die Gewährleistungsansprüche zu Gebote? Erstrecken sie sich nicht nur auf den Minderwert der Ernte, sondern auch auf den positiven Schaden der Entwertung? Und ist dem Käufer überhaupt in diesem Fall mit den Gewährleistungsansprüchen gedient? Mit der Wandelung erreicht der Käufer Rückgängigmachung des Kaufvertrages, d. h. er erhält seinen Kaufpreis zurück, ohne daß er die Unmöglichkeit der Herausgabe des ausgesäten Saatweizens zu vertreten hat.[3]) Damit ist dem Käufer aber nicht gedient. Die Entwertung des Ackers wird durch Vollziehung der Wandelung nicht beseitigt, ja nicht einmal berührt. Der Acker bleibt entwertet und der Schaden unersetzt, wenn die Wandelung vollzogen ist. Das gleiche gilt von der Minderung und Ersatzlieferung. Sie bieten dem Käufer nur einen Ersatz für den brandigen Saatweizen, insofern er zur Aussaat nicht geeignet war. Die positiv schädigende Seite der Lieferung wird durch sie nicht außer Wirkung gesetzt. Selbst der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung erstreckt sich nicht auf die Entwertung des Ackers, sondern nur auf den Minderwert der Ernte, wie weiter unten[4]) ausgeführt wird.

Soll nun lediglich deshalb, weil die Gewährleistungsansprüche dem Käufer für seine Ackerentwertung keinen Ersatz zu verschaffen vermögen, der Käufer sich dieselbe ruhig gefallen lassen? Der Einwand, der hier erhoben werden kann, daß der Käufer auf den deliktischen Schadenersatzanspruch angewiesen sei, wird der Sachlage nicht

---

[3]) §§ 467, 347.
[4]) S. 18 ff.

gerecht. Der Käufer ist zwar geschädigt, und zwar ist sein Acker als sein Eigentum beschädigt. Aber will er sein Recht als deliktischen Anspruch geltend machen, so steht er sich nicht nur prozessual stets schlechter, als wenn er einen vertraglichen Entschädigungsanspruch geltend machte — soll der Käufer erst den oft schwierigen Beweis führen, daß der Verkäufer schuldhaft brandigen Saatweizen geliefert hat? —, sondern vor allem materiellrechtlich wegen des Gegensatzes in den §§ 831, 278.[5])

Unser Problem besteht nun eben in der Frage, ob der Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen wegen der positiv schädlichen Handlung des Verkäufers, bestehend in der Lieferung einer positiv schädlichen Ware, oder in der positiv schädigenden Art der Lieferung einer (mangelhaften) Ware, also wegen „positiver Pflichtverletzung", einen Schadenersatzanspruch hat.

Unsere Stellung zu dieser Frage ist bereits aus dem Wortlaut des Themas ersichtlich, und zwar dahin, daß eine Konkurrenz der Ansprüche vorliegt. Zur Begründung dieser Konkurrenz ist aber vor allem nötig, den Anspruch aus „positiver Pflichtverletzung" in seinen Grundlagen dahin zu untersuchen, wodurch und inwieweit er sich von den Gewährleistungsansprüchen unterscheidet. Dazu ist jedoch eine Untersuchung des Begriffes „Pflichtverletzung" erforderlich, um auf ihm aufbauend, zur Unterscheidung der beiderartigen Ansprüche zu gelangen.

I. Begriff der positiven und negativen Pflichtverletzung.

§ 3.

Das Wesen des Schuldverhältnisses liegt darin, daß auf mindestens einer Seite eine Pflicht begründet wird, der auf der anderen Seite ein Recht auf Erfüllung dieser Pflicht gegenüber-

[5]) vgl. Staub Pos. Vertr.-Verl. 1904 S. 38; Enneccerus a. a. O. § 278 Anm. 1 a. E.; Oertmann a. a. O. Bem. 5 b γ zu § 276. Siehe vor allem den interessanten Fall von Krückmann in DJZ. 1905 S. 205; Lehmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 78—80; s. auch Düringer-Hachenburg HGB. Bd. 3 S. 158/59; Kipp in DJZ. 1903 S. 256; Werner im Recht 1902 S. 476 ff.

steht.[1]) Der Schuldner verletzt seine Pflicht, wenn er ihr nicht nachkommt, sie nicht erfüllt oder sie nicht voll erfüllt. Diese Pflichtverletzung kann de facto in doppelter Weise begangen werden. Abgesehen von der Zweiteilung der Leistung in Handeln und Unterlassen[2]) kann der Schuldner seine Leistungspflicht einmal dadurch verletzen, daß er nichts tut, also in keiner Weise aktiv tätig wird, um seiner Pflicht nachzukommen. Er kann aber zweitens auch, statt völlig untätig zu bleiben, derart negierend wirken, daß er durch ein (positives) Zuwiderhandeln gegen die Verpflichtung zum Handeln oder Unterlassen diese vereitelt und so verletzt. Der Verkäufer hat ein bestimmtes Tier zu liefern. Entweder läßt er das Tier in seinem Stall stehen, kümmert sich um nichts und unterläßt so eine Lieferung — oder er tötet das Tier, um seine Lieferungspflicht zu vereiteln. In beiden Fällen, sei es der Untätigkeit, sei es der negierenden Zuwiderhandlung, liegt im Hinblick auf die Wirkung ein bloßes Unterlassen der Pflicht — oder Vertragserfüllung. Wenn der Schuldner nun auch durch seine Leistungspflicht verpflichtet ist, ein die Leistung vereitelndes Handeln (Zuwiderhandeln) zu unterlassen, so wäre es doch eine bloße Tautologie, wenn man neben dem Leistungsanspruch des Gläubigers von einem Anspruch auf Unterlassung des die Leistung vereitelnden Handelns sprechen wollte. Denn für die Leistung ist es gleich, ob der Schuldner aus seiner Untätigkeit herauskommt oder ein die Leistung vereitelndes Handeln unterläßt, wenn er nur leistet. Ein Anspruch auf Unterlassung des die Leistung vereitelnden Handelns wird als Kehrseite des Leistungsanspruches stets von diesem umfaßt. Es gibt deshalb keine Verbindung von Ansprüchen auf ein Handeln und Unterlassen der bloßen, vereitelnden Zuwiderhandlung, sondern nur einen Anspruch auf Leistung.[3]) Und dieser Leistungsanspruch wird durch Unterlassen der Leistung verletzt. Alsdann verhält sich der Schuldner in jedem Fall negativ. Man kann hier also von einer negativen Pflichtverletzung des Schuldners sprechen.

---

[1]) § 241.
[2]) § 241 Satz 2.
[3]) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903 S. 86 f., 175.

Der Schuldner ist aber weiter verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, alle Kräfte so in den Dienst des Schuldverhältnisses zu stellen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[4]) Dazu gehört aber, daß er alles unterlassen muß, was unabhängig von der Vertragserfüllung die Erreichung des Vertragszweckes vereiteln oder den Gläubiger irgendwie in seiner Rechtssphäre schädigen oder gefährden könnte.[5]) Aus der primären positiven Leistungspflicht[6]) folgt also eine Verpflichtung des Schuldners, eine Andersleistung mit schädigendem oder gefährdendem Erfolge zu unterlassen, mag diese „sekundäre Unterlassungspflicht“[7]) als eine selbständige neben der positiven Leistungspflicht herlaufende, wenn auch sekundäre Pflicht[8]) oder nur als eine solche Pflicht aufgefaßt werden, die aus der Kehrseite der positiven, auf der Basis von Treu und Glauben aufgebauten Leistungspflicht begründet, aber immerhin selbständig ist.[9])

Die „sekundäre Unterlassungspflicht“ in diesem Sinne hat mit der Verpflichtung, eine bloß die Leistung *vereitelnde* Zuwiderhandlung zu unterlassen, nichts gemeinsam. Die „sekundäre Unterlassungspflicht“ richtet sich nicht darauf, daß der Schuldner seine Leistungspflicht durch eine Zuwiderhandlung nicht vereiteln soll — dies ist ein der „negativen Pflichtverletzung“ ausschließlich vorbehaltenes Gebiet —, sondern darauf, daß er *neben* seiner pflichtgemäßen Leistung eine Tätigkeit unterlassen soll, die ungeachtet der Erfüllung der Leistung die Rechtsstellung des Gläubigers gefährdet oder verletzt. Während die Verpflichtung, eine „negative Pflichtverletzung“ zu unterlassen, als Kehrseite der Leistungspflicht *notwendig* mit dieser zusammenhängt, hat die Verpflichtung des Schuldners, eine Andersleistung mit positiv

---

[4]) § 242.

[5]) *Lehmann* a. a. O. S. 67; vgl. vor allem *Oertmann* a. a. O. Bem. 2c zu § 241 (S. 14).

[6]) Die Leistung in diesem Sinne kann auch in einem Unterlassen bestehen (§ 241, 2).

[7]) *Lehmann* a. a. O. S. 67.

[8]) *Hölder* in der Festgabe für Scheurl 1884 S. 58 für das gemeine Recht; *Schöller* bei Gruchot Bd. 46, S. 27; vgl. *Oertmann* a. a. O. S. 14.

[9]) *Lehmann* a. a. O. S. 167: „der nach der negativen Seite hin ausgedachte Inhalt des Leistungsgebotes“.

schädigendem oder gefährdendem Erfolge zu unterlassen, einen begrifflich keineswegs notwendigen, sondern mehr zufälligen, äußerlichen Zusammenhang mit der primären Leistungspflicht. Beim Verkauf eines Tieres z. B. hat der Käufer das Recht auf seine Lieferung, und der Verkäufer ist zur Lieferung des Tieres an den Käufer verpflichtet. Hierin liegt notwendig die Verpflichtung des Verkäufers, eine rein passive Untätigkeit oder gar eine Beiseiteschaffung (Tötung) des Tieres vor der Lieferung, also eine negative Pflichtverletzung zu unterlassen. Der Verkäufer ist aber weiter, wie oben entwickelt, verpflichtet, eine Andersleistung mit gefährdendem oder schädigendem Erfolge zu unterlassen. Diese Verpflichtung verletzt er, wenn er ein krankes Tier liefert, durch welches eine Seuche unter den Viehbestand des Käufers gebracht wird. In dieser Pflichtverletzung liegt in keiner Weise eine Vereitelung der Lieferungspflicht durch ein Zuwiderhandeln noch ein bloßes Unterlassen der Leistung — das zu liefernde Tier ist z. B. aus irgendeinem Grunde eine Spezies —, der Verkäufer hat vielmehr seiner „Erfüllungspflicht" aus dem Kaufvertrage genügt,[10]) wenn er sich auch wegen der Krankheit des Tieres an und für sich den Gewährleistungsansprüchen des Käufers aussetzt.[11]) Aber darüber hinaus hat er dem Käufer einen positiven Schaden (Verseuchung des Viehbestandes) verursacht. Die Lieferung des kranken Tieres hat also, ohne die Lieferungspflicht als solche zu berühren, positiv schädliche Folgen für andere Rechtsgüter des Käufers gehabt. Mit diesen hatte der Verkäufer nichts zu tun, er stand ihnen nicht anders gegenüber als jeder andere. Der Zusammenhang dieser „positiven Pflichtverletzung"[12]) (Zuwider-

[10]) Schollmeyer a. a. O. S. 93 ff., 97, 104; insbes. Oertmann a. a. O. Bem. 2 a δ zu § 433 (S. 376 f.) und die dort zit. reichhaltige Literatur zu dieser streitigen Frage.

[11]) s. unten §§ 6, 7.

[12]) Staub brachte als erster in der Guttentagschen Festgabe für den 26. DJT. (September 1902), und zwar in seiner Abhandlung „Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen", den Begriff der positiven Vertragsverletzung auf. Enneccerus hat den Begriff zur positiven Forderungsverletzung verallgemeinert (a. a. O. § 278 Abs. 2). Aus den in diesem Paragraphen ausgeführten Gründen (s. unten Anm. 14) ist hier für denselben Begriff der Ausdruck „positive Pflichtverletzung" (so zuweilen auch Lehmann a. a. O. S. 60 ff.) eingesetzt.

handlung gegen die „sekundäre Unterlassungspflicht" in positiv schädigender oder gefährdender Weise) mit dem Vertrage ist also nur ein rein äußerlicher, da der durch die positive Pflichtverletzung verursachte positive Schaden nur bei Gelegenheit der Vertragserfüllung entstanden ist. Eine die Leistung vereitelnde Zuwiderhandlung durch Beiseiteschaffung des Tieres (negative Pflichtverletzung) würde den Gläubiger nur insofern negativ schädigen, als die Leistung selbst verhindert würde.

Die Unterscheidung in negative und positive Pflichtverletzung in diesem Sinne hat also seine volle Berechtigung. Bei der ersten verletzt der Schuldner durch negatives Verhalten seine Verpflichtung, ohne seine Leistung zu erfüllen (§§ 241, 242), mag dies auf einem rein passiven oder negierenden, aktiven Verhalten beruhen. Hierher gehört also Nichterfüllung, nicht vertragsmäßige Erfüllung, teilweise Nichterfüllung und verspätete Erfüllung (Verzug). Bei der letzten liegt die Pflichtverletzung in einem aktiv hervortretenden, positiv verletzenden oder gefährdenden Handeln zum Nachteil des Gläubigers. Objekt der negativen Pflichtverletzung ist stets die vertragliche Leistung des Schuldners (Forderung des Gläubigers), wie umgekehrt die Leistungspflicht des Schuldners und entsprechend die Forderung des Gläubigers allein der negativen Pflichtverletzung ausgesetzt sind. Die negative Pflichtverletzung ist also notwendig stets ein Angriff des Schuldners auf die durch den Vertrag geschaffene Rechtsstellung des Gläubigers (Forderung und Forderungsinteresse). Die positive Pflichtverletzung hängt nur insofern äußerlich mit dem Vertrage zusammen, als sie bei Gelegenheit der vertraglichen Leistung vorgenommen wird. Objekt der positiven Pflichtverletzung ist aber die Rechtsstellung des Gläubigers außerhalb des Vertrages; verletzt werden Rechtsgüter des Gläubigers, die nicht erst im rein persönlichen Vertragsverhältnis geschaffen sind, sondern die vorhanden sind, selbst wenn ein Vertrag nicht geschlossen wäre, die von jedem anderen ebensogut verletzt werden können wie vom Schuldner, ohne daß dieser durch seine Eigenschaft als Schuldner in eine besondere Beziehung zu den verletzten Rechtsgütern getreten ist. Bei der Lieferung eines verseuchten Tieres wird der Viehbestand, bei der Lieferung brandigen Saatweizens

der Acker des Käufers beschädigt. Diese Beschädigung konnte von dem Schuldner ebensogut vorgenommen werden, wenn gar kein Vertrag zugrunde gelegen hätte, und sie bleibt bestehen, wenn nachträglich der Vertrag wegen Nichtigkeit ex tunc wegfällt. Anders bei den negativen Pflichtverletzungen, die nur auf Grund des Vertrages, niemals ohne Vertrag begründet werden können und mit Nichtigkeit des Vertrages oder der Vertragserfüllung mit allen Wirkungen wegfallen.

Die positive Pflichtverletzung kann daher als ein nur rein äußerlich bei Gelegenheit, wenn auch in Erfüllung der vertraglichen Leistung vorgenommener, unerlaubter Eingriff in die Rechtssphäre des Gläubigers, also als ein Delikt im Sinne der §§ 823 ff. bezeichnet werden,[13]) welches nur seine Veranlassung in der vertraglichen Leistung (Erfüllung) hat. Es ist daher ungenau, mit Staub u. a. von einer „positiven Vertragsverletzung“[14]) zu sprechen, wegen der in diesem Ausdruck liegenden contradictio in adjecto. Entweder ist die Verletzung eine Vertragsverletzung, dann liegt immer eine negative Vertragsverletzung vor, und positiv wäre diese in bezug auf die Tätigkeit des Schuldners, wenn durch eine Zuwiderhandlung die Vertragsleistung vereitelt wird,[15]) — oder sie greift positiv in die außerhalb des Vertrages liegende Rechtssphäre des Gläubigers ein, dann ist es keine Vertragsverletzung mehr.

Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, daß die positive Pflichtverletzung trotz ihrer deliktischen Natur immer eine Verletzung einer auf den Grundsätzen von Treu und Glauben aufgebauten Pflicht[16]) und deshalb kein bloßes Delikt ist. Lent[17]) bezeichnet die positive Pflichtverletzung deshalb als einen Fall, in dem „zugleich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung und einer Vertrags- (richtiger Pflicht-) verletzung“ vorliegt. Der Schuldner hätte den Gläubiger nicht positiv geschädigt, wenn er

---

[13]) Gl. A. Lent a. a. O. S. 279 f.

[14]) Die gleiche Ungenauigkeit liegt im Ausdruck „positive Forderungsverletzung“; s. oben Anm. 12.

[15]) Siber a. a. O. S. 86.

[16]) s. oben S. 8.

[17]) a. a. O. S. 280.

nicht in Vertragsbeziehung zu ihm getreten wäre.[18]) Läge ein Vertrag nicht zugrunde, hätte der Schuldner nicht die positive Pflichtverletzung begangen. „Die Vertragserfüllung ist es, aus der sich tatsächlich der (positive) Schaden entwickelt, ohne sie käme es gar nicht zu dem Schaden."[19]) Da aber die Erfüllung (positiv) mangelhaft ist, liegt eine (positive) Pflichtverletzung vor, auf die der Schaden zurückzuführen ist.

Dadurch unterscheidet sich auch die positive Pflichtverletzung von einem solchen Delikt, das anläßlich eines mit ihm nicht in innerem Zusammenhange stehenden Vertragsverhältnisses vorgenommen ist, zu dem das Vertragsverhältnis nur rein äußerlich Gelegenheit bietet. Z. B.: Der Schenker ist bei Überbringung der Gabe an den Beschenkten mit einer ansteckenden Krankheit behaftet und infiziert dadurch die Kinder des Beschenkten. Dies ist ein reines Delikt und nur nach den Regeln über unerlaubte Handlungen zu behandeln.[20]) Denn es fehlt jegliche innere, ursächliche Beziehung des deliktischen Schadens zu dem Vertragsverhältnis, und das Delikt ist nur bei Gelegenheit der Vertragsleistung, nicht wie die positive Pflichtverletzung in Erfüllung der Vertragsleistung begangen. Hierbei ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Grenzlinie zwischen positiver Pflichtverletzung und unerlaubter Handlung in manchen Fällen nicht scharf wird gezogen werden können, besonders nicht in den Fällen, wo der Vertrag nur als Mittel zur Setzung des deliktischen Tatbestandes gewählt wird.[21])

Es ist hier zu bemerken, daß für unsere Zwecke es nicht so sehr auf eine allen Fällen der positiven Pflichtverletzungen insbesondere bei Sukzessivlieferungsverträgen gerecht werdende Begriffsbestimmung derselben ankommt,[22]) als vielmehr auf den

---

[18]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 81.

[19]) Lent a. a. O. S. 280.

[20]) vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. 5 a δ zu §§ 823 ff. (S. 1051) und die dort zitierte Literatur und Judikatur.

[21]) Z. B. A will den B schädigen; zu diesem Zweck veranlaßt er den B, mit ihm einen Kaufvertrag abzuschließen, in dessen Erfüllung A dem B Kohlen liefert, die mit Explosivstoffen vermengt sind. Über derartige Fälle s. Oertmann wie in Anm. 20 zitiert; Lent a. a. O. S. 277—279.

[22]) Staub (Komm. z. HGB. Bd. 2 [1907] Exk. zu § 374 Anm. 172, 174) insbesondere versteht unter positiver Vertragsverletzung allgemein eine „erhebliche Ver-

begrifflichen Unterschied der positiven von der negativen Pflichtverletzung hinzuweisen.[23])

An diesem Unterschied ist aber, so selbstverständlich er auch erscheinen mag, bei der Frage nach der Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen unbedingt festzuhalten. Auffälligerweise ist dieser Unterschied in der Literatur gar oft verwischt, wenn nicht gar übersehen, so daß sich in dieser praktisch sehr bedeutsamen Frage erhebliche Meinungsverschiedenheiten herausgestellt haben.

II. Konkurrenz beider Arten.

§ 4.

Nicht nur selten, sondern häufig, ja in den meisten Fällen positiver Pflichtverletzung seitens des Verkäufers konkurriert mit dieser eine negative Pflichtverletzung in Form von mangelhafter oder verzögerter oder schuldhaft unmöglich gewordener Lieferung. Hier bei den Gewährleistungsansprüchen haben wir es nur mit

---

tragsgefährdung", und zwar durch positive Rechtsverletzungsakte (Staub, Pos. Vertr.-Verl. S. 23); Enneccerus a. a. O. § 278 S. 700 ff. und in Anlehnung an ihn Staudinger zu § 276 Ziff. IV bestimmen für die Fälle der Sukzessivlieferungsverträge und der ausdrücklichen Leistungsverweigerung auch vor Fälligkeit der Forderung die positiven Forderungsverletzungen dahin, daß durch die Verletzung der Gläubiger kein Interesse mehr an der Erfüllung habe oder ihm deren Annahme aus anderen Gründen nicht mehr zugemutet werden könne. Vgl. auch RG. in JurW. 1906 S. 300 Ziff. 3. Mit diesen Erklärungen von Enneccerus ist jedoch für die Fälle positiv schädlicher Lieferung nichts gewonnen. Für diese kann das Wesen der positiven Pflichtverletzung nur im Gegensatz zur negativen Pflichtverletzung erkannt werden.

[23]) So faßt auch Enneccerus (a. a. O. § 278 I, 1 a) in Berücksichtigung des Gesichtspunktes in Anm. 22 (a. E.) unter den Begriff der „positiven Forderungsverletzungen" „alle Forderungsverletzungen, die weder die Leistung unmöglich machen noch eine Verzögerung bewirken (also nicht negativer Art sind!), oder die doch neben einer solchen ‚negativen Verletzung' auch einen positiven Eingriff in das Forderungsrecht enthalten". Dahin gehörten insbesondere mangelhafte Erfüllungshandlungen, sofern sie einen besonderen, durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebenen Schaden verursachten (vgl. Enneccerus a. a. O. § 278 I, 2).

mangelhafter Lieferung zu tun. Denn im Falle mangelhafter Leistung sind dem Käufer die Gewährleistungsansprüche gegeben.

Für die positiven Pflichtverletzungen entbehrt das Gesetz ausdrücklicher Bestimmungen. Wenn das auch bestritten ist, so ist hier nicht auf die Begründung des Schadenersatzanspruches wegen vertretbarer positiver Pflichtverletzung einzugehen. Mag die Pflicht des Schuldners, dem Gläubiger den durch seine positive, von ihm zu vertretende Pflichtverletzung zugefügten Schaden zu ersetzen, in § 276 statuiert sein,[1]) mag er auf dem Gedanken beruhen, daß die sekundäre Unterlassungspflicht durch die Zuwiderhandlung (positive Pflichtverletzung) unmöglich geworden und der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung mit dem Schadenersatzanspruch wegen vertretbarer Unmöglichkeit der sekundären Unterlassungspflicht identisch sei,[2]) mag jener Rechtssatz durch Analogie aus §§ 286, 326[3]) oder aus § 325[4]) gewonnen werden oder aus §§ 276, 286 als allgemeinem Erkenntnisgrund zu entnehmen sein.[5]) [6]) Denn daß dieser Rechtssatz besteht, wird in der Literatur und Rechtsprechung einstimmig zugegeben,[7]) wenn auch in seiner Begründung die erheblichsten Differenzen bestehen. Wir

---

[1]) So RG. Bd. 52 S. 18, Bd. 53 S. 202; ferner in JurW. 1907 S. 541; Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 (1902) S. 65 unter c; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 71; Dernburg in DJZ. 1903 S. 2 u. 3.

[2]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 333 Anm. 13; Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. 2 S. 85 ff.; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 26—27; RG. Bd. 54, S. 101; OLG. Hamburg in Seuffert Bd. 56 S. 392; vgl. Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerl. R., Leipzig 1900.

[3]) Staub, Pos. Vertr.-Verl. S. 15; Enneccerus a. a. O. S. 142; Dörr im Recht 1908 S. 207; vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 100 ff., 103, 109, 111; auch RG. Bd. 54 S. 102 ff. (auch in DJZ. 1903 S. 215), Bd. 57 S. 115.

[4]) Kipp in DJZ. 1903 S. 254; vgl. RG. Bd. 54 S. 287; Oertmann Bem. 6c zu § 325; vgl. Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 7b zu § 325.

[5]) Lehmann a. a. O. S. 87; Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. § 108; Enneccerus a. a. O. S. 139 ff.; Lesser, Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen 1906 S. 31 ff., 46; Kiß im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 31 S. 178 und in Grünhuts Z. Bd. 32 S. 178; v. Blume in Iherings J. Bd. 55 S. 231 ff.; Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. S. 101, 190 ff., 214, 229.

[6]) vgl. Oertmann Bem. 6 zu § 276 S. 113 ff.

[7]) vgl. Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 7 zu § 325; Oertmann Bem. 6by zu § 276; Lent S. 279.

begnügen uns mit dem Resultat, daß der Schuldner wegen positiver Pflichtverletzung, die er zu vertreten hat, dem Gläubiger zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet ist. Wenn nun der so bestehende Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen konkurrieren soll, so darf er nicht in den Gewährleistungsansprüchen enthalten, durch sie also konsumiert werden, noch dürfen die Gewährleistungsansprüche nach dem Grundsatz der Spezialität[8]) den Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung verdrängen. Mit a. W.: Sind die Gewährleistungsansprüche nur wegen negativer oder auch wegen positiver Pflichtverletzung gegeben? Im ersten Fall wäre eine Konkurrenz möglich, im letzten Fall wegen Spezialität der Vorschriften über die Gewährleistung von Sachmängeln im Kauf, soweit diese reichen, ausgeschlossen.

Um zu dieser Frage Stellung zu nehmen, sind beide zur Konkurrenz stehenden Ansprüche aus positiver und negativer Pflichtverletzung auf Begründung und Umfang zu prüfen.

§ 5.

1. Grundlage und Inhalt der Ansprüche aus positiver und negativer Pflichtverletzung.

Die Grundlage beider Ansprüche ist oben[1]) bei der Differenzierung von positiver und negativer Pflichtverletzung gegeben. Wie die negative Pflichtverletzung sich mit mangelhafter, verzögerter oder Nichterfüllung deckt, so entsteht der Anspruch wegen negativer Pflichtverletzung also auch aus der mangelhaften, verzögerten oder nicht erfüllten Leistung. Sein Inhalt ist das Erfüllungsinteresse. Denn der Schuldner hat nicht das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan, er hat es an einem Teil der Erfüllungshandlung fehlen lassen, oder er hat etwas anderes geleistet, wodurch nicht erfüllt ist. Der typische Fall eines solchen das

---

[8]) Lex specialis derogat generali. Vgl. Beling, Die Lehre vom Verbrechen 1906 S. 283 f. Auch über den Begriff der Konsumtion Lent, Die Gesetzeskonkurrenz 1912, insbes. S. 9 ff., 17 ff., 192 f, 195 f.; vgl. unten § 19.

[1]) Erstes Kapitel.

Erfüllungsinteresse erstrebenden Anspruches aus negativer Pflichtverletzung ist der „Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung".[2])

Der Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter positiver Pflichtverletzung beruht auf der aus dem Rahmen des Vertrags mit ihrer Wirkung heraustretenden, wenn auch im Vertrage fußenden positiven Pflichtverletzung. Der Schaden, dessen Ersatz begehrt wird, ist nicht der durch Nichterfüllung, sei es durch verzögerte oder mangelhafte Erfüllung entstandene Schaden, sondern der über diesen hinausgehende positive Schaden. Mit dem Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung wird nicht das Erfüllungsinteresse erstrebt. Denn mit diesem hat er nichts zu tun. Es kann sogar unter Umständen das Erfüllungsinteresse verschwindend klein sein und doch der Anspruch auf Ersatz des positiven Schadens einen großen Umfang haben.

Wie die Ansprüche aus positiver und negativer Pflichtverletzung auf verschiedenen Grundlagen aufgebaut sind, sind sie somit auch verschieden *inhaltlich* gestaltet.

2. Gewährleistungsansprüche nur wegen negativer Pflichtverletzung.

§ 6.

Obwohl ein Blick auf die Gewährleistungsvorschriften beim Kaufvertrage es als selbstverständlich erscheinen läßt, daß diese sich nur auf die negative Pflichtverletzung beziehen, und auch nirgends in der Literatur oder Rechtsprechung der gegenteilige Satz ausdrücklich aufgestellt ist, so bedarf es doch einer Feststellung, daß die im Gesetz aufgestellten Gewährleistungsansprüche des Käufers nur wegen *negativer* Pflichtverletzung gegeben, die positiven Pflichtverletzungen in keiner Weise von ihnen berücksichtigt sind. Denn bei der Frage nach der Konkurrenz der Ansprüche aus positiver und negativer Pflichtverletzung ist nur zu oft behauptet worden, daß der Schadenersatzanspruch wegen posi-

---

[2]) §§ 286, 325, 326.

tiver Pflichtverletzung dort keinen Raum habe, wo derselbe Zweck schon durch die Gewährleistungsansprüche erreicht werde.[1])

Die Gewährleistungsansprüche des Käufers sind an zwei Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt, einmal in den allgemeinen Vorschriften des Kaufvertrages (§§ 440, 441) und dann in dem ihnen besonders gewidmeten II. Teil der Bestimmungen über den Kauf (§§ 459 ff.). Die im § 440 statuierten Rechte des Käufers beziehen sich in eklatanter Weise nur auf die negative Pflichtverletzung des Verkäufers. Die in Abs. 1 angezogenen §§ 320 bis 327 sind gerade die typischen Rechtsbehelfe des Gläubigers wegen negativer Pflichtverletzung des Schuldners (vertretbare Unmöglichkeit und Verzug), nämlich Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ebenso die Abs. 2—4 des § 440, die sich auf den Fall beziehen, daß eine mit fremden Rechten behaftete Sache dem Käufer übergeben und die Sache dem kraft seines Rechts an der Kaufsache zum Besitz berechtigten Dritten vom Käufer herausgegeben oder diesem sonst entwehrt ist. Also auch ein Fall negativer Pflichtverletzung: Der Käufer ist nicht in das Eigentum einer eviktionsfreien Sache gelangt, seine Forderung ist somit nicht erfüllt, und er hat deshalb einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung. An positive Pflichtverletzung ist im § 440 nicht gedacht.

Damit sind aber die Rechtsbehelfe bei dem Kaufe eines Rechtes erschöpft.

Die Gewährleistungsvorschriften wegen Mängel einer Kaufsache sind aber insofern, als sie die faktischen Mängel der Kaufsache betreffen, eine Ergänzung der Haftungsvorschriften des Verkäufers aus § 440, welche nur von der Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung und den Folgen rechtlicher Mängel der Kaufsachen handeln.[2]) Schon aus diesem Grunde sind keine Gewährleistungsvorschriften bei positiver Pflichtverletzung des Verkäufers in den §§ 459 ff. zu vermuten, aber auch nicht zu finden, wie im folgenden dargetan werden soll.

---

[1]) So insbes. Staub, Pos. Vertr. Verl. S. 16, 17; RG. Bd. 52 S. 19, Bd. 53 S. 200; vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 156 f., 158.

[2]) vgl. Oertmann Vorbem. 1 vor § 459.

§ 7.

Nach § 459 haftet der Verkäufer dem Käufer für Fehler der Kaufsache, die den Wert derselben oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder nicht unerheblich mindern. Hieraus, zugleich in Verbindung mit § 462, folgt, daß die positive Wirkung der Sachmängel in positiv vertragsverletzender Hinsicht keine Beachtung gefunden hat, sondern nur die Rückwirkung der Mängel auf den Wert oder die Tauglichkeit der Sache und damit auf die Erfüllung der Pflichten des Verkäufers. Der Verkäufer haftet hiernach nur dafür, daß der Sache eigene Werte fehlen, die sie vollwertig machen würden. So ist insbesondere rein negativer Art das „Fehlen" einer zugesicherten Eigenschaft (§§ 463, 480 Abs. 2). Dagegen haftet der Verkäufer nach § 459 in Verb. mit § 462 nicht für Mängel der Sache, die unabhängig von der Minderung des Sachwertes durch die negativen Fehler im Sinne der §§ 459, 463, 480 oder neben ihr schadenzufügend, positiv schädlich sind. Denn die positiven Mängel setzen begrifflich nicht das Fehlen von Werten, die die Sache vollwertig machen, also eine Schadhaftigkeit im Sinne der §§ 459, 463, 480 voraus, sondern geben der Sache im Gegensatz zu diesem rein negativen Minus ein positiv schädliches Plus, nämlich die Eigenschaft der positiven Schädlichkeit, die sich erst in der Wirkung der Sache auf die äußere Umgebung zeigt.

So liegt es auf der Hand, daß die positiven Schäden in keiner Weise in den Gewährleistungsansprüchen des Käufers eine Deckung finden.[1]) Wandelung, Minderung und Lieferung einer neuen mangelfreien Genussache sollen und können dem Käufer nur das Minus im Werte der gelieferten Kaufsache ersetzen; niemals aber liefern sie einen Ersatz für positive Schäden.[2]) Auch kann ein solcher Ersatz nicht im Schadenersatzanspruch „wegen Nichterfüllung"[3]) auf Grund der §§ 463, 480 Abs. 2 gefunden

[1]) Gl. A. Staub, Pos. Vertr.-Verl. S. 34 f.

[2]) s. oben S. 5.

[3]) vgl. Staudinger Bd. 2, 1 N. 6 u. 10 zu § 463 S. 526, wonach § 463 nur die Tragweite der Garantie begrenzen will. Vgl. Motive zum 1. Entw. des BGB. Bd. 2 S. 225 ff.

werden. Denn einerseits ist, wie schon gesagt, das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, welches diesen Anspruch auslöst, kein positiver, sondern negativer Schaden. Ebenfalls das arglistige Verschweigen eines Fehlers an sich hat einen rein negativen Schaden im Gefolge. Daß das arglistige Verschweigen eines Fehlers einen schärferen Ersatzanspruch auslöst als das bloße Vorhandensein dieses verschwiegenen Fehlers, hat seinen Grund darin, daß der Verkäufer für sein unredliches Verhalten schärfer angefaßt werden soll.

Andererseits aber ist der Schadenersatzanspruch als Gewährleistungsanspruch nur „wegen Nichterfüllung" gegeben. Er geht also, während der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung auf Ersatz jedes aus dieser hervorgegangenen Schadens geht, lediglich auf Erlangung des Erfüllungsinteresses.[4])

---

[4]) Hier bleibt die durchaus streitige Frage unberührt, ob der „Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung" die „Nichterfüllung des ganzen Vertrages" (Differenztheorie) oder nur die „Nichterfüllung der streitigen Verpflichtung des Verkäufers" (Austausch- oder Surrogationstheorie) voraussetzt (vgl. hierüber RG. Bd. 50 S. 262 und die dort zit. Literatur, Bd. 53 S. 89. Staudinger Bd. 2, 1 Vorbem. IV vor § 323 S. 190 ff., Bem. 8 zu § 463 S. 524 f.; Oertmann 1b zu § 325 S. 195 f.; vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 151). Dieser Streit läuft in seiner praktischen Konsequenz, die nach Oertmann (1 b α zu § 325) und Staudinger (Vorbem. IV vor § 323 S. 191) übrigens nur Bedeutung für die Tauschverträge hat, ohne daß es sich bei diesen um Geldleistungen handelt, beim Kaufvertrage darauf hinaus, ob der Käufer, wenn er den Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, seinerseits den Kaufpreis zahlen muß. Versteht man unter Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur das „Erfüllungssurrogat" — weil nur die streitige Verpflichtung des Verkäufers nicht erfüllt ist — (Surrogationstheorie), so ist damit gesagt, daß der Kaufvertrag die weitere Grundlage für das Rechtsverhältnis zwischen beiden Parteien bleibt und nunmehr dem Schadenersatzanspruch des Käufers die Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, gegenübersteht. Bezieht man dagegen die Nichterfüllung auf den ganzen Vertrag (Differenztheorie), so wird der Käufer bei Geltendmachung des Entschädigungsanspruches der Kaufpreiszahlung enthoben, so daß der Verkäufer die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung („Nettogewinn", den der Käufer durch vollständige Abwicklung des Kaufvertrages erzielt haben würde, Oertmann 1 b α zu § 325) zu ersetzen hat. Übrigens wird die praktische Bedeutung dieser Streitfrage dadurch abgeschwächt, daß in RG. Bd. 53 S. 89 ausgesprochen wird, in dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages liege jedenfalls auch der Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Verpflichtung des Verkäufers, und der Käufer, der nicht zur

Der positive Schaden ist nicht aus der „Nichterfüllung" an sich, sondern aus der außerhalb der „Nichterfüllung" liegenden positiv schädlichen Eigenschaft der Kaufsache entstanden. Mit dieser Folgerung steht nicht im Widerspruch, wenn Düringer-Hachenburg[5]) sagen, „der zu ersetzende Schaden bestehe nicht nur in der Vermögenseinbuße, welche der Käufer dadurch erleide, daß er eine Sache von geringerem Werte, als er kaufen wollte, erhalte; sondern er umfasse den gesamten Nachteil, für welchen der Mangel der Sache kausal sei, also auch insbesondere den Schaden, welchen die mangelhafte Ware anderer Ware, mit der sie bestimmungsgemäß vermischt würde, zufüge". Man kann geneigt sein, diese Worte dahin auszulegen, daß sich der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung auch auf den positiven Schaden erstreckt, und für das obige Beispiel zu folgern: durch das bestimmungsgemäße Aussäen des brandigen Weizens sei der Acker entwertet, und dieser Schaden sei neben der Ernteminderung allein aus § 480 Abs. 2 zu ersetzen. Jedoch liegt der Mangel der Ware, die den Schaden gemäß § 480 Abs. 2 hervorgerufen haben muß, nicht darin, daß der Weizen brandig gewesen ist, sondern daß er die Eigenschaft, die zugesichert war, nicht hatte, nämlich daß er sich zur Aussaat eigne. Ein Schaden, den Düringer-Hachenburg mit ihren zitierten Worten meinen, jedenfalls nur meinen können, wäre z. B. der, daß der Käufer den erhaltenen Saatweizen, der sich nicht zur Aussaat eignet, mit anderem vorrätigen Saatweizen vermischte, und dadurch der ganze Vorrat an Wert verlöre; denn hier ist die Wertminderung des Vorrates bereits dadurch bedingt, daß der hinzugemischte Weizen und dadurch der ganze Vorrat sich nicht zur Aussaat eignet. Dagegen ist im anderen Fall der Acker nicht speziell dadurch ent-

Geltendmachung der Differenz verpflichtet sei, könne daher auf der Grundlage des Vertrages das „Erfüllungsfurrogat" verlangen (vgl. A. Staudinger Bd. 2, 1 Bem. 8, b. zu § 463 S. 525. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 151). Dieser Streit beruht auf einem hier nicht interessierenden Gesichtspunkt, von dem man die Nichterfüllung zu beurteilen hat, und zwar von der einseitigen Verpflichtung des Verkäufers oder vom ganzen Vertrage aus. Hier handelt es sich lediglich um die vom Streit unberührte Frage, weshalb die Leistung des Verkäufers nicht als Erfüllung anzusehen ist, ob wegen negativer Pflichtverletzung allein oder auch wegen positiver, also allgemein wegen Pflichtverletzung.

[5]) Bd. 3 S. 151.

wertet, daß der zur Aussaat ungeeignete Weizen ausgesät wurde, sondern erst dadurch, daß dieser ungeeignete Weizen die weitere positiv schädliche Eigenschaft des Brandes hat.

Umgekehrt ist aber gerade aus der Tatsache, daß nur in den beiden Fällen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und des arglistigen Verschweigens eines Fehlers der Schadenersatzanspruch „wegen Nichterfüllung" gegeben ist, eine Gewähr dafür gegeben, daß das Gesetz bei der Regelung der Gewährleistung lediglich an die bloße Nichterfüllung des Kaufvertrages wegen einfachen Vorliegens von Mängeln, nicht aber an die die Nichterfüllung überragenden schädlichen Wirkungen positiver Mängel gedacht hat, daß also die Gewährleistungsansprüche nur für negative Schäden gegeben sind. Denn zweifellos, ja sogar außerordentlich häufig kann es sich um positive Schäden handeln, ohne daß der Verkäufer den in dem positiven Schaden liegenden negativen Schaden arglistig verschwiegen oder das Fehlen zugesichert hat. Und das sind Fälle, die das Gesetz unbedingt geregelt hätte, wenn es an sie gedacht hätte.

Wie negative und positive Schäden völlig selbständiger Natur sind, sind es also auch die sie betreffenden Ersatzansprüche. Der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung hat also völlige Daseinsberechtigung neben dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus §§ 463, 480 Abs. 2.

§ 8.

Es ist also durchaus unrichtig, eine Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen, insbesondere mit dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus §§ 463, 480 Abs. 2 deshalb zu leugnen, weil der erste neben den letzten keinen Platz habe. So lehnen Düringer-Hachenburg[1]) den allgemeinen Schadenersatzanspruch aus § 276 für die Fälle ab, in denen die Gewährleistungsansprüche gegeben sind. Das ist richtig, soweit es sich um rein negativen Schaden handelt. Unrichtig ist es auf jeden

[1]) Bd. 3 S. 156ff.

Fall, soweit ein positiv schädlicher Mangel einen Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung auslöst, selbst wenn derselbe Mangel neben seiner positiven Schädlichkeit auch eine negative Schadhaftigkeit der Sache bedingt. Denn der aus jenem Mangel resultierende positive Schaden ist durch die Gewährleistungsansprüche nicht gedeckt. Aber weiter. Düringer-Hachenburg geben Müller,[2]) soweit er einen Ausschluß der Konkurrenz des allgemeinen Schadenersatzanspruches wegen schuldhafter Pflichtwidrigkeit, also auch wegen positiver Vertragsverletzung im Spezieskauf annimmt, unter Berufung auf die Protokolle Bd. 1 S. 687 recht. In diesen Protokollen heißt es:

> „Einverstanden war man darüber, daß neben der Wandelung das Erfüllungsinteresse nicht verlangt werden dürfe, daß aber die Wandelung im Falle des Dolus den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht ausschließe. In der gleichen Weise glaubte die Mehrheit auch das Verhältnis des Minderungsrechtes zu dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ordnen zu sollen, obwohl dagegen von einer Seite Widerspruch erhoben wurde. Die Ausdrucksweise des Entwurfs ‚neben' erschien mißverständlich, da sie auch eine Deutung in dem Sinne zulasse, daß beide Rechte nebeneinander geltend gemacht werden können. Zur Klarstellung des Inhalts und der Tragweite, welche die von der Kommission beschlossene Vorschrift haben soll, wurde das Wort ‚neben' durch ‚statt' ersetzt".

Allein hier ist immer nur vom „Erfüllungsinteresse" und „Schadenersatz wegen Nichterfüllung" die Rede, indem diese nicht neben der Wandelung oder Minderung verlangt werden sollen. Diesem ist ja das Gesetz in §§ 463, 480 gefolgt, indem es die ädilizischen Ansprüche nur alternativ zuläßt. Hier und in den genannten Protokollen ist aber keine Rede von dem allgemeinen Schadenersatzanspruch, der nicht „wegen Nichterfüllung", sondern wegen schuldhafter positiver Pflichtverletzung gegeben ist und der nicht auf Erlangung des „Erfüllungsinteresses", sondern auf Er-

---

[2]) Im Recht 1902 S. 577.

satz des aus der schuldhaften positiven Pflichtverletzung hervorgegangenen Schadens geht.

So können die genannten Protokolle in keiner Weise von Düringer-Hachenburg zur Begründung ihrer Ansicht herangezogen werden.

§ 9.

In gleicher Weise werden beide sich wesentlich unterscheidenden Ansprüche — auf Gewährleistung und Ersatz des positiven Schadens — gleichgestellt von Staudinger[1]) im Anschluß an RG. Bd. 53 S. 202, Lehmann,[2]) Dernburg[3]) und Kipp.[4]) So sagt z. B. Lehmann (a. a. O.): „Wenn das Gesetz in den Fällen der §§ 463, 480 an Stelle der Wandelung und Minderung Anspruch auf Schadenersatz — ‚wegen Nichterfüllung' — nur bei Arglist und Zusicherung gäbe, so könne man einen solchen Anspruch — wegen schuldhafter Pflichtverletzung, also auch positiver Natur — unmöglich aus einem allgemeinen Prinzip auch bei Fahrlässigkeit geben. Sonst müßte man nach Kipps Vorgang annehmen, daß diese Bestimmung rein für gar nichts im Gesetz stände".

Hieraus folgt schon, wie wichtig für die Frage nach der Konkurrenz eine scharfe Trennung beider Ansprüche — auf Ersatz des positiven Schadens und auf Gewährleistung, insbesondere auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist.

Da die Schadenersatzansprüche wegen positiver Pflichtverletzung und die Gewährleistungsansprüche völlig verschiedener Natur und verschiedenen Inhalts sind, auch das Gesetz bei der Regelung der Gewährleistungsansprüche nicht an die positiven Pflichtverletzungen gedacht hat, liegt einer Konkurrenz beider Ansprüche, also des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung neben den Gewährleistungsansprüchen nichts im Wege.

---

[1]) Bd. 2, 1 Vorbem. 5e vor § 459 (S. 499).
[2]) a. a. O. S. 89/90.
[3]) In DJZ. 1903 S. 3 Abs. 5 u. 6.
[4]) In DJZ. 1903 S. 255.

III. Beurteilung der Konkurrenz in der Literatur und Rechtsprechung.

§ 10.

So selbstverständlich das Ergebnis einer unbedingten Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen erscheint, so ist dasselbe in der Literatur wie Judikatur lebhaft bestritten worden. Selbst Staub, dem die Aufstellung der Lehre von der positiven Vertragsverletzung zu verdanken ist,[1]) ist zu den Gegnern der unbedingten Konkurrenz zu rechnen, obwohl gerade er das Grunderfordernis einer Konkurrenz betont hat.

Während Staub zur Gewinnung des Grundsatzes über die positiven Vertragsverletzungen, daß der Schuldner den von ihm zu vertretenden, durch positive Vertragsverletzung verursachten Schaden zu ersetzen hat, den Weg der Analogie benutzt hat, sehen andere bereits in § 276 die Schadenersatzpflicht des Schuldners für jede schuldhafte Pflichtverletzung ausgesprochen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten". So vor anderen das Reichsgericht, Crome, Düringer-Hachenburg, Dernburg.[2])

Nehmen wir einmal die Richtigkeit dieses Rechtssatzes, der jedenfalls in § 276 ausdrücklich nicht ausgesprochen ist,[3]) an. Je nachdem die schuldhafte Pflichtverletzung negativer oder positiver Art ist, muß man wegen der Konkurrenz dieses Rechtssatzes mit den Vorschriften über die Gewährleistung wegen Sachmangels im Kauf zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

---

[1]) s. S. 12 Anm. 1.

[2]) s. oben § 4 Anm. 1.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 71; Oertmann Bem. 6bγ zu § 276.

1. Negative Pflichtverletzung und Gewährleistungsvorschriften.

§ 11.

Ein Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter negativer Pflichtverletzung ist durch die Vorschriften über Gewährleistung ausgeschlossen, soweit ein Gewährleistungsanspruch gegeben ist.[1]) Denn diese Vorschriften beziehen sich ausschließlich auf die negative Pflichtverletzung des Verkäufers[2]) und gehen als Sondervorschriften dem allgemeinen Rechtssatz vor, „weil das Gesetz hier etwas anderes bestimmt hat". Eine allgemeine Schadenersatzpflicht des Verkäufers wegen fahrlässiger Lieferung einer „schadhaften" Sache aus § 276 würde der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes in §§ 463, 480 Abs. 2 widersprechen, da hier die Schadenersatzpflicht des Verkäufers außer an das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft nur an das schuldhaft-arglistige Verschweigen[3]) der „Schadhaftigkeit", und zwar auch nur „wegen Nichterfüllung" geknüpft ist. Beispiel: Der Verkäufer liefert fahrlässigerweise eine schadhafte Wasseruhr; durch sofort notwendig gewordene Ausbesserung der Uhr erleidet der Käufer einen Schaden. Hier liegt eine negative Vertragsverletzung, mithin der Tatbestand der Gewährleistungsansprüche vor. Das Gesetz sagt in den §§ 459 ff., 462 ausdrücklich, daß der Käufer wegen dieses Mangels der Wasseruhr nur den Anspruch auf Wandelung oder Minderung hat. Ein Schadenersatzanspruch, und zwar wegen „Nichterfüllung", soll nur dann gegeben sein, wenn die Schadhaftigkeit der Wasseruhr arglistig verschwiegen oder das Fehlen dieser Schadhaftigkeit

---

[1]) Gl. A. Staudinger Bd. 2, 1 Vorbem. 5 eβ vor § 459: „Dieser Schadenersatzanspruch (sc. aus § 276) steht dem Käufer neben allen sonstigen Rechten zu, auch wenn er wandelt oder mindert (hier hat er freilich keine besondere Bedeutung) oder andere Ware nach § 480 BGB. verlangt (vgl. Staub in Anm. 93 zu § 377 HGB.). Soweit freilich schon der Gewährleistungsanspruch im Einzelfall auf Ersatz desselben Schadens geht, wie z. B. beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, besteht für diese allgemeine Schadenersatzpflicht kein Raum mehr (vgl. RG. Bd. 53 S. 202)". Vgl. Oertmann Vorbem. 2 vor § 459.

[2]) Oben §§ 6—9.

[3]) vgl. unten S. 27.

in concreto zugesichert ist. Ein allgemeiner Schadenersatzanspruch wegen der fahrlässig gelieferten schadhaften Wasseruhr hat also keinen Raum.[4])

Anders ist es mit dem Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Pflichtverletzung, wenn er aus einem anderen Tatbestand als der Gewährleistungsanspruch entsteht, also nicht aus der bloßen negativ mangelhaften Lieferung, sondern z. B. aus verspäteter Lieferung,[5]) oder wenn durch schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des Verkäufers vor dem Gefahrübergang nach diesem die Kaufsache mit einem Mangel behaftet wird, soweit dieser Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges noch nicht existiert hat.[6]) In diesen Fällen steht einer Anwendung der Vorschrift aus dem allgemeinen § 276 bezw. aus §§ 323 ff. nichts entgegen.[7])

§ 12.

Anderer Ansicht ist das Reichsgericht[1]): beim Gattungskauf[2]) sei der Verkäufer für schuldhaft negative Pflichtverletzung zum Schadenersatz verpflichtet, so daß der Käufer in diesem Falle neben den Gewährleistungsansprüchen, und zwar immer, einen allgemeinen Schadenersatzanspruch habe. Denn der aus § 276 folgende allgemeine Rechtssatz sei in keiner Weise durch die Vorschriften über die Gewährleistung des Verkäufers als ausgeschlossen anzunehmen. Denn diese Vorschriften behandelten nicht die Folgen schuldhafter Verletzung bestehender Vertragspflichten, sondern nur die von einem Verschulden unabhängige Haftung dafür, daß die Kaufsache mit Mängeln behaftet sei. „Hierdurch sei lediglich zu der auf Grund des § 276 bestehenden allgemeinen Haftung für ein Verschulden hinsichtlich des Verkäufers eine fernere, von einem Verschulden unabhängige Haftung hinzugetreten. Die

---

[4]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 158.

[5]) Staudinger Bd. 2, 1 zu § 480, N. III, 4 und N. V S. 568 f.

[6]) Gl. A. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 140/41, 158.

[7]) vgl. hierüber Staudinger Bd. 2, 1 Vorbem. 5 e u. 6 vor § 459 und die reichhaltige Literaturangabe dort über diese Streitfrage.

[1]) RG. Bd. 52 S. 18, Bd. 53 S. 202; ferner in JurW. 1907 S. 541.

[2]) Für den Spezieskauf fehlt es bisher an einer Entscheidung.

letzte schlösse, weil sie auf einem besonderen Grunde beruhe, die erste nicht aus. Beide Haftungen beständen vielmehr nebeneinander" (RG. Bd. 53 S. 200). Hiermit hat das Reichsgericht statt nur bei positiven und bei negativen Pflichtverletzungen, soweit diese nicht durch die Gewährleistungsansprüche verdrängt werden, bei allen schuldhaften Pflichtverletzungen, also auch unbeschränkt bei allen negativen Pflichtverletzungen eine Konkurrenz der Ansprüche zugelassen. So ist es in E. Bd. 52 S. 18 zu der Entscheidung gekommen, daß derjenige, welcher 20 Tonnen Roggen verkauft und dem Käufer fahrlässig nassen Roggen liefert, dem Käufer auf Grund dieser Feuchtigkeit für allen Schaden haftet, obwohl er sich doch hier nur einer negativen, keiner positiven Pflichtverletzung schuldig gemacht hat.

Jedoch steht dieser Argumentation des Reichsgerichts entgegen, daß das Gesetz in den §§ 463, 480 Abs. 2 außer an das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft lediglich an das arglistige Verschweigen von Fehlern die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung knüpft. Arglistiges Verschweigen ist aber immer ein Fall von Verschulden im Sinne des § 276,[3]) ja ein erhöhter Fall von Verschulden. Denn wenn der Fehler arglistig verschwiegen ist, hat der Verkäufer stets gewußt, daß der Fehler vorhanden, die Ware also mangelhaft ist. Mit dem arglistigen Verschweigen des Fehlers deckt sich also stets die arglistige Lieferung mangelhafter Ware, also ein eklatanter Fall schuldhafter Lieferung mangelhafter Ware, also schuldhafter negativer Pflichtverletzung. Wenn das Gesetz nun aber lediglich an diesen ganz besonders starken Verschuldensfall und nur an diesen außer an das Fehlen zugesicherter Eigenschaft die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung knüpft, so ist daraus zu folgern, daß im übrigen, vor allem bei geringeren Verschuldensgraden das Verschulden bei der mangelhaften Lieferung nicht besonders zu berücksichtigen ist. In gleichem Sinne sagt Kipp[4]): Wenn man dagegen mit dem Reichsgericht (E. Bd. 52 S. 18) es für möglich halte, daß derjenige, der 20 Tonnen Roggen verkaufe, und dem

[3]) Gl. A. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 158.
[4]) In DJZ. 1903 S. 255.

Käufer fahrlässig nassen Roggen liefere, dem Käufer auf Grund solcher Fahrlässigkeit, also ohne Rücksicht auf Zusicherung und arglistiges Verschweigen, für allen Schaden einstehe, so müsse man davon ausgehen, daß die Vorschrift des § 480 Abs. 2, welche den Schadenersatzanspruch an die Voraussetzung des arglistigen Verschweigens oder der Zusicherung bindet, rein für gar nichts im Gesetze stehe.

2. Gegner der unbedingten Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen.

Auf der anderen Seite hat die Annahme der Konkurrenz vom Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen teils völligen Widerspruch, teils nur bedingte Zustimmung gefunden.

§ 13.

a) Völliger Widerspruch.

So streiten zunächst jede Konkurrenzmöglichkeit ab u. a.[1]) Dernburg[2]) und Kipp.[3]) Doch beruht dies auf einer Verwischung des Unterschiedes positiver und negativer Pflichtverletzung und der aus diesen folgenden verschiedenen Schadenersatzansprüche. So führt Dernburg a. a. O. aus:

„Wenn das Gesetz nur in einem Falle schuldhafter Pflichtverletzung — bei arglistigem Verschweigen von Fehlern — die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung statuiere, so sei damit ausgesprochen, daß der Käufer in den übrigen Fällen mangelhafter Lieferung auf den Anspruch der Wandelung oder Minderung beschränkt sei, wenn der Verkäufer eine besondere Zusicherung der Eigenschaften nicht gäbe, und wenn ihm arglistiges Verschweigen nicht zur Last falle". Das ist jedoch nur insoweit richtig, als

[1]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 89.
[2]) a. a. O. S. 3 Abs. 5 u. 6.
[3]) In DJZ. 1903 S. 255.

es sich um negative Pflichtverletzung handelt. Auf die Gegenausführung von Staub,[4]) daß es zahlreiche Fälle positiver Vertragsverletzungen gäbe, die das Gesetz an dieser Stelle nicht geregelt habe, meint Dernburg[5]): „er halte es für überflüssig, seine Meinung besonders durch die Motive und die Schriftsteller zu erhärten; es liege ja offen im § 463 Satz 2 und § 480 Abs. 2 zutage, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch im Anschluß an das gemeine Recht durch die ädilizischen Rechtsmittel nicht etwa wie im früheren und preußischen Recht die Folgen der mangelhaften Erfüllung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage geregelt, sondern daß gerade die weiteren Rechtsfolgen schuldhafter Pflichtverletzungen bei Lieferung der Ware durch die ädilizischen Rechtsmittel beseitigt seien. Freilich sage Staub, wenn der Gläubiger nach § 326 in dem Fall des Verzuges Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages habe, wenn also der Verpflichtete schuldhaft unterlasse, was er tun solle, müsse er doch nach Konsequenz und Analogie das gleiche Recht bei positiven Rechtsverletzungsakten habe, durch welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet werde. Dies sei — sagt nun wieder Dernburg — gewiß außerordentlich bestechend, aber gegenüber den positiven Bestimmungen des Gesetzes keinesfalls durchgreifend"![6]) Hierin liegt doch zweifellos eine Verwischung von positiver und negativer Pflichtverletzung. Sagen denn diese §§ 463 Satz 2, 480 Abs. 2 irgend etwas über die positiven Vertragsverletzungen?

---

[4]) Pos. Vertr.-Verl. S. 16/17.

[5]) a. a. O. S. 3.

[6]) Interessant ist der Ausgleich, den Dernburg a. a. O. S. 4 vorschlägt: Zeige sich vor der Übergabe ein Mangel, so könne der Käufer die Annahme verweigern, weil dies Angebot nicht dem Vertrage entspräche; der Verkäufer gerate dann in Schuldnerverzug und sei nach § 286 schadenersatzpflichtig. Zeige sich der Mangel dagegen erst nach der Annahme, so sei der Käufer ausschließlich auf die ädilizischen Rechtsmittel angewiesen. „Daß in diesem Fall die weitgehenden Folgen, die das Gesetz an den Leistungsverzug knüpft, nicht eintreten, ist leicht zu begreifen. Durch die Annahme der Erfüllung verändert sich die Lage zum Nachteil des Annehmenden, z. B. in anderer Hinsicht nach § 363, dagegen hat er aber auch die großen Vorteile, welche der Besitz der geschuldeten Sache gewährt!" Was nützt aber der Besitz einer positiv schädlichen Sache, z. B. der Besitz einer kranken Kuh, die den übrigen Viehbestand ansteckt?

Auch Kipp ist von jenem Irrtum nicht frei. Während er von den positiven Pflichtverletzungen ausgeht, führt er[7]) fort: Während Staub[8]) und mit ihm das Reichsgericht[9]) eine Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Vertragsverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen im Spezieskauf ausschlössen — wenn es sich nicht um Sachmängel handelte, die der Verkäufer nach dem Kaufabschluß schuldhaft herbeigeführt habe —, wohl aber im Fall der verschuldeten mangelhaften Lieferung aus einem Genuskauf annähmen, glaube Kipp jedoch mit Dernburg, daß die vertragsmäßige Haftung für Mängel der Ware im Falle des Genuskaufs durch den § 480 BGB. ebenso exklusiv geregelt werden sollte, wie sie im Falle des Spezieskaufs durch die einschlagenden Bestimmungen auch nach Staubs Ansicht geregelt sei. Danach beschränke sich die Schadenersatzpflicht auf die Fälle des arglistigen Verschweigens und des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft.[10]) Also eine auffallend irrtümliche Gleichstellung der Schadenersatzpflicht wegen positiver Pflichtverletzung mit der wegen negativer Pflichtverletzung aus § 480 Abs. 2.

§ 14.

b) Bedingte Zustimmung.

Während Dernburg und Kipp die Konkurrenz überhaupt ablehnen, lehnen sie Staub, Staudinger[1]) und das Reichsgericht (E. Bd. 53 S. 202) inkonsequent für die Fälle ab, wo der Käufer einen Schadenersatzanspruch aus § 480 Abs. 2 hat.[2])[3]) Zu

---

[7]) s. oben § 12 Anm. 4.

[8]) Pos. Vertr.-Verl. S. 17.

[9]) RG. Bd. 52 S. 18.

[10]) Im Gegensatz zu dem Ausgleich, den Dernburg vorgeschlagen hat (s. oben Anm. 6), ist die weitere Ausführung Kipps beachtenswert: „Nur darf man in der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung von Eigenschaften nicht zu ängstlich sein. Wer Fässer verkauft, haftet auf vollen Schadenersatz, wenn sie nicht heil sind, weil eine so „selbstverständliche" Eigenschaft als zugesichert gelten muß. Dies wußte schon Labes (6, 4 D. 19, 1), und das wird auch heute richtig sein".

[1]) Komm. Bd. 2, 1 Vorbem. 5e vor § 459.

[2]) Über Staubs weitere Beschränkung der Konkurrenz auf den Genuskauf allgemein und auf den Spezieskauf, soweit die verkaufte Spezies nachträglich durch

beachten ist, daß auch Staub[4]) von dem allgemeinen Grundsatz, daß bei schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrages über die ädilizischen Rechtsmittel hinaus ein allgemeiner Anspruch auf Schadenersatz besteht, und von der Grundlage ausgeht, daß die ädilizischen Rechtsmittel sich nur auf die Fälle beziehen, in denen der Verkäufer, gleichviel ob mit oder ohne Schuld, mangelhaft liefert, und auf die Fälle, in denen der Verkäufer durch die Zusicherung einer Eigenschaft die Garantie ihres Vorhandenseins übernommen hat, und endlich auf die Fälle, wo er durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers einen Dolus begangen hat. Er fährt dann aber, und entsprechend Staudinger (a. a. O.), fort: nicht berücksichtigt seien in den Vorschriften über die Gewährleistung „die zahlreichen Fälle,[5]) in denen durch die mangelhafte Erfüllung dem Käufer ein Schaden entstehe, ohne daß der Fall der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder dolose Verschweigung eines Fehlers vorliege". „Denn in diesen Fällen seien dem Käufer die ädilizischen Rechtsmittel gegeben und nur diese."

Ebenso das Reichsgericht (E. Bd. 53 S. 202): „Beide Haftungen ständen nebeneinander, soweit nicht, wie im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache, neben der Haftung für Mängelgewähr kein Raum mehr sei für eine Haftung aus einer schuldhaften Verletzung des bereits abgeschlossenen Vertrages". Wo die Haftung aus einer schuldhaften Pflichtverletzung eine solche negativer Art betrifft, ist gegen die von Staub, Staudinger und vom Reichsgericht gemachte Ausnahme nichts einzuwenden, da die Ausnahme dann wenigstens als eine teilweise Berichtigung der

---

die Schuld des Verkäufers mangelhaft wird, und auf den Fall, daß der Schuldner eine von ihm herzustellende Sache durch seine Schuld mangelhaft liefert, s. unten § 17.

[3]) So auch Windscheid, Pand. Bd. 2 (1906) S. 712; s. aber a. a. O. § 394 Anm. 23 (S. 695), Anm. 9 (S. 690).

[4]) vgl. a. a. O. S. 16 oben.

[5]) Unter diesen „Fällen, in denen ... dem Käufer ein Schaden entstehe", sind die positiven Vertragsverletzungen gemeint, s. Staub a. a. O. S. 15 auf 16: „Anwendung dieses Grundsatzes ...", worunter der S. 15 unten zusammengefaßte Grundsatz, daß „der Schuldner, der seine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung schuldhaft verletze, dem Gläubiger den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen habe", zu verstehen ist.

aufgestellten Regel erscheint. Sobald aber positive Pflichtverletzungen gemeint sind, so fragt man sich, wozu diese Ausnahmen? Der Fall der Zusicherung und des arglistigen Verschweigens ist doch in dem vom Gesetz gegebenen Umfange ein Fall rein negativer Pflichtverletzung und gibt den Schadenersatzanspruch „wegen Nichterfüllung". Was hat aber dieser Anspruch mit dem aus schuldhafter positiver Pflichtverletzung gemein? Wenn in den Vorschriften über Gewährleistung die positiven Pflichtverletzungen nicht berücksichtigt sind — und das ist nach den obigen Ausführungen anzunehmen —, so kann doch nicht gesagt werden: mit Ausnahme von bestimmten Fällen, die tatsächlich solche negativer Pflichtverletzung sind.

c) Oertmanns Ansicht.

§ 15.

An dieser Stelle ist auch auf die Ansicht von Oertmann einzugehen. Über seine Unterscheidung zwischen Spezies und Genuskauf wird unten gesprochen.[1])

Oertmann entnimmt aus den §§ 276, 286 das Prinzip, daß das Gesetz den Schuldner für alle Schäden verantwortlich macht, die er durch vertragswidriges Verhalten dem Gläubiger zugefügt,[2]) also ganz allgemein, ob das vertragswidrige Verhalten des Schuldners negativer oder positiver Natur ist. Über die Anwendung dieses Grundsatzes im Kaufvertrage sagt Oertmann[3]): „Die herrschende Ansicht,[4]) nach welcher neben den besonderen Gewährleistungsregeln auch die allgemeinen Regeln, insbesondere die §§ 276 (d. h. der ebengenannte Grundsatz), 306, 323 ff. anzuwenden sind, verdiene grundsätzlich Beifall. Die allgemeinen Regeln würden zwar durch die §§ 459 ff. zurückgedrängt, aber nicht vollständig ausgeschlossen, sondern nur insoweit, als das entweder ausdrücklich ausgesprochen werde, oder als sich ein Widerspruch zu den Sonderregeln des Kaufrechts oder ihrer erkennbaren Tendenz ergäbe.

[1]) Unten § 17.

[2]) Bem. 6 b γγ zu § 276 (S. 114), vgl. Bem. 6 zu § 325 (S. 200).

[3]) Vorbem. 2 b vor § 459.

[4]) vgl. die Literaturangabe bei Oertmann in Vorbem. 2 b vor § 459.

Abzulehnen sei nur die in der Literatur bisweilen anklingende Annahme einer gleichwertigen kumulierenden Anwendbarkeit beider Normenkomplexe. Indem das Gesetz dem Verkäufer wegen des Sachmangels eine Schadenersatzpflicht nur in den Fällen des § 463 auflege, übrigens dem Käufer deswegen nur den Wandelungs- und Minderungsanspruch verleihe (§ 462), ergebe sich, daß es übrigens eine Ersatzpflicht aus dem genannten Grunde verwerfe." Das Gesagte soll sich übrigens nur auf Mängel beziehen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden oder doch begründet waren.[5])

Zweifellos richtig ist diese Ausführung, soweit eine negative Pflichtverletzung zur Konkurrenz steht. Insoweit deckt sich unsere Ansicht mit der Oertmanns. Wie aber im Falle positiver Pflichtverletzung? Will Oertmann auch dann die Gewährleistungsvorschriften als exklusive ansehen? Seine Stellungnahme im Spezieskauf ist nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber insbesondere aus seiner Stellungnahme im Genuskauf dahin anzunehmen, daß neben den Gewährleistungsansprüchen ein Schadenersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung zu verneinen sei.[5])

§ 16.

Anders beim Genuskauf.[1]) Während im Spezieskauf nach Oertmann der Verkäufer nicht zur Lieferung einer völlig mangelfreien Spezies verpflichtet sei,[2]) sei beim Genuskauf nach ihm an-

[5]) Vorbem. 2 c β vor § 459. Anders, wenn der Mangel durch einen nach dem Vertragsschluß eintretenden, gemäß §§ 276 ff. vom Verkäufer zu vertretenden Umstand verursacht wurde. Alsdann soll dem Käufer neben den ädilizischen Rechtsmitteln ein Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse zustehen (zu § 463 Nr. 1 a).

[6]) vgl. auch Bem. 9 zu § 463: „Ob der Verkäufer noch über § 463 hinaus wegen schuldhaften Benehmens beim Vertragsschlusse oder wegen schlechten Zustandes der gelieferten Kaufsachen vertraglich hafte, ist sehr zweifelhaft und nach dem Gesagten wohl zu verneinen . . . Im übrigen bleibt nur die Haftung nach §§ 823 ff."

[1]) vgl. Bem. 2 zu § 480.

[2]) vgl. Bem. 2 a δ β β zu § 433 (S. 377): „Wer eine bestimmte Sache verkauft, will sie doch so, wie sie ist, in ihrer konkreten Leiblichkeit übertragen; daß er sie ohne weiteres als eine tadellose zu liefern verspräche, läßt sich aus dem Verkauf als solchem nicht entnehmen".

zunehmen, daß der Verkäufer zur Lieferung eines vertragsmäßigen Stückes verpflichtet sei.[3]) Infolgedessen könne der Käufer die ihm als Leistung angebotene Genussache als Nichterfüllung von vornherein zurückweisen, wenn er sie nicht als vertragliche Leistung, also als Erfüllung annehmen wolle. Im letzten Fall sei er „nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt". Weist er jedoch die angebotene mangelhafte Leistung zurück, so sei der Vertrag nicht erfüllt, und dem Käufer steht statt der Gewährleistungsansprüche — die nur im Falle der erfolgreichen Leistung gegeben seien — der Anspruch auf Schadenersatz wegen positiver Pflichtverletzung zu.

Diese hier wiedergegebene Darstellung Oertmanns erweckt den Glauben, daß bei der Frage nach der Konkurrenz des allgemeinen Schadenersatzanspruches mit den Gewährleistungsansprüchen stets nur an die negativen Vertragsverletzungen gedacht ist. So finden sich in steter Wiederholung Verweisungen auf die §§ 286, 323 ff., 326, die doch ausgesprochen negativer Natur sind. An keiner Stelle sind die ausgeprägten Fälle positiver Vertragsverletzung zu finden. Im Spezies- und Genuskauf sollen die Gewährleistungsvorschriften jeden Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Pflichtverletzung, also insbesondere positiver Natur, neben sich ausschließen und im Genuskauf soll ein Schadenersatzanspruch wegen schuldhafter Pflichtverletzung, also auch wegen positiver Schäden nur begründet sein, wenn die Gewährleistungsansprüche nicht gegeben sind, also lediglich, wenn die Leistung einer mangelhaften Sache als Erfüllung zurückgewiesen ist. Aber schließen sich denn beide Anspruchsarten aus? Und gibt es keinen Fall, wo ein positiver Schaden trotz Annahme der Leistung als einer vertraglichen denkbar ist? Sind nicht vielmehr grade diese Fälle, wo die mangelhafte Leistung angenommen ist, typisch für die Entstehung eines positiven Schadens? Soll der Käufer nach Oertmanns Ansicht in diesen Fällen lediglich auf eine Anfechtung seiner Erklärung, mit der er die mangelhafte Leistung als vertragliche angenommen hat, wegen Irrtums oder Betrugs angewiesen sein? Zu welchen Konsequenzen führte das! Und eine

[3]) vgl. Bem. 2 a δ aa zu § 433 (S. 377), insbes. Bem. 2 a zu § 480.

Deckung für den positiven Schaden würde dem Käufer damit nicht gegeben.

3. Unterscheidung von Spezies- und Genuskauf bei der Frage nach der Konkurrenz.

§ 17.

Sehr häufig begegnet man in der Literatur einer verschiedenen Stellungnahme zur Frage nach der Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen, je nachdem es sich um einen Spezies- oder Genuskauf handelt, deren völlige Unzweckmäßigkeit bereits Düringer-Hachenburg[1]) dargetan haben. Abgesehen von der eben besprochenen Ansicht von Oertmann, daß der Anspruch auf Ersatz des positiven Schadens nur im Genuskaufe und auch hier nur dann zulässig sei, wenn der Käufer die angebotene mangelhafte Leistung als nicht vertragsmäßige zurückgewiesen habe, verneinen u. a. Staub[2]) und Müller[3]) die unbedingte Konkurrenz im Spezieskauf. So sagt Staub a. a. O.: Der allgemeine Grundsatz, wonach der Schuldner den aus seiner schuldhaften Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen habe, gelte dort nicht, „wo er neben den ädilizischen Rechtsmitteln keinen Raum habe. Er gelte in allen den Fällen, wo die verkaufte Spezies nachträglich durch die Schuld des Verkäufers mangelhaft werde, oder wo der Verkäufer eine Gattungssache oder eine von ihm herzustellende Sache durch seine Schuld mangelhaft

[1]) Bd. 3 S. 157.

[2]) Pos. Vertr.-Verl. S. 17. And. A. anscheinend in seinem Komm. z. HGB. Bd. 2 (1907) Anm. 104 zu § 377: „Ob es sich um einen Gattungskauf oder um den Kauf einer bestimmten Sache handelt, bleibt sich für diese Haftung (sc. aus schuldhaft mangelhafter Lieferung) gleich. Denn es kann keinen Unterschied ausmachen, ob die verkaufte Spezies nachträglich (?) durch Schuld des Verkäufers mangelhaft wird, oder ob der Verkäufer eine Gattungssache oder eine von ihm herzustellende Sache durch seine Schuld mangelhaft liefert". Danach ist wohl anzunehmen, daß eine Konkurrenz im Spezieskauf nicht stattfindet, es sei denn, daß die Kaufsache erst nach Gefahrübergang mangelhaft wird. Dies würde sich mit seiner Ansicht in Pos. Vertr.-Verl. S. 17 decken.

[3]) In Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 577.

liefere. Er gelte aber z. B. nicht, wenn der Verkäufer eine mit Fehlern behaftete Spezies verkaufe, ohne den Mangel dolos zu verschweigen und ohne Zusicherung der Mangelfreiheit. Denn in diesen Fällen seien dem Käufer die ädilizischen Rechtsmittel gegeben und nur diese".

Leider vermißt man bei Staub eine eingehendere Begründung dieser praktisch sehr bedeutsamen Unterscheidung der Behandlung des Genus- und Spezieskaufes. Dafür versucht Kipp[4]) eine solche zu geben. „Wer eine individuelle Sache verkaufe und einen Mangel derselben nicht angäbe, weil er ihn nicht kenne, während er ihn kennen müßte, begehe etwas, was man culpa in contrahendo nennen könne, aber er begehe kein Verschulden in der Erfüllung seiner Vertragspflichten. Bei Lieferung auf Grund generischen Kaufs sei das anders. Hier sei freilich der Verkäufer zur ordnungsmäßigen Lieferung aus der Gattung, solange dies möglich sei, ohne jede Rücksicht auf sein Verschulden verpflichtet (§ 279), aber damit vereinbar wäre, daß er bei fehlerhafter Leistung im Falle seines Verschuldens für die Schäden, die der fehlerhafte Leistungsversuch hervorrufe, im Sinne der obigen Ausführungen einzustehen hätte".

Dieser gezwungene Gedankengang, den Kipp selbst übrigens nicht für seine von der Staubs erheblich abweichende Ansicht verwertet, könnte mit gleichem, ja besserem Recht als Begründung der gegenteiligen Ansicht verwertet werden. Denn wenn im Spezieskauf, wo die mangelhafte Lieferung als eine culpa in contrahendo zu bezeichnen wäre, die Gewährleistungsansprüche unabhängig vom Verschulden gegeben seien — Kipp sagt ja: der Verkäufer begehe kein Verschulden in der Erfüllung seiner Vertragspflichten —, im Genuskauf dieselben jedoch wegen § 279 immer auf einem vertretbaren Verhalten des Verkäufers beruhten, so könnte doch nur gefolgert werden, daß im Genuskauf ein weiterer Anspruch wegen vertretbarer Pflichtverletzung ausgeschlossen, im Spezieskauf dagegen zulässig sei. Aus der Begründung von Kipp zur Ansicht von Staub ist also nichts zu entnehmen.

Ähnlich wie Staub deduziert Müller[5]): Aus der Vor-

[4]) In DJZ. 1903 S. 253.

[5]) In Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 531.

schrift des § 243 BGB., daß beim Gattungskaufe der Verkäufer eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten habe, ergebe sich die erhebliche Rechtsfolge: Habe der Verkäufer, wenn er eine Sache, die nicht mittlerer Art und Güte sei, leiste, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, so begehe er dadurch eine schuldhafte Vertragsverletzung in Erfüllung des Vertrages. Er hafte daher zunächst für den dadurch entstandenen Schaden. Diesen Anspruch auf Schadenersatz könne der Käufer neben der Wandelung geltend machen. Anders beim Spezieskauf, wo keine Konkurrenz zulässig sei.[6]) Ebenso Kohler[7]): Neben der die Gewährleistungsansprüche begründenden Haftung hafte der Schuldner im Genuskauf auch dann für Schadenersatz, wenn er bei Auswahl des gelieferten Stückes auch nur fahrlässig gehandelt habe; denn er habe in seiner vertragsmäßigen Tätigkeit die nötige Sorgfalt zu wahren; dies sei in § 480 nicht verneint, sondern vorausgesetzt.

Alle diese Ausführungen treffen bezüglich der Frage nach der Konkurrenz des Schadenersatzanspruches wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen nicht den Kernpunkt der Lehre. Die positive Pflichtverletzung ist in den §§ 459 ff. nicht behandelt, sie hat mit der negativen Pflichtverletzung, d. h. mit den Fällen, die das Gesetz insbesondere unter der „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" behandelt, nicht das geringste zu tun, mag es sich um einen Gattungs- oder Spezieskauf handeln. Der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung wird durch keinen Gewährleistungsanspruch ersetzt, weil er eben einen ganz selbständigen Tatbestand voraussetzt, auch in seinem Umfange ein ganz anderer ist, wie oben dargelegt. Es steht überall seiner Konkurrenz selbst mit dem Schadenersatzanspruch „wegen Nichterfüllung" auf Grund arglistigen Verschweigens eines Fehlers oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nichts entgegen.

---

[6]) So auch Müller im Recht 1902 S. 577.

[7]) Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 2 (1906) S. 242.

IV. Wesen und Wirkung der Konkurrenz des Schadenersatzanspruchs wegen positiver Pflichtverletzung mit den Gewährleistungsansprüchen.

§ 18.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen ist in Kürze folgendes: Die Vorschriften über Gewährleistung des Verkäufers beruhen lediglich auf der Voraussetzung, daß der Verkäufer sich einer negativen Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, weil er eine Kaufsache ohne die Eigenschaften geliefert hat, die sie bei vertragsmäßiger Lieferung hätte haben müssen, Eigenschaften, die die Kaufsache erst zu einer vollwertigen machen: Der Verkäufer hat eine schadhafte Sache geliefert. Die Vorschrift, daß der Verkäufer den positiven Schaden zu ersetzen hat, beruht auf der Voraussetzung, daß der Verkäufer nicht nur eine negativ mangelhafte, weil schadhafte Sache, sondern eine positiv schädliche Sache geliefert hat. Beide Normenkomplexe haben also nichts gemein, weder in ihrer Grundlage noch auch in ihrem Inhalt. Denn die Gewährleistungsansprüche erstreben die Wandelung, Minderung und allgemein das Erfüllungsinteresse, der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung dagegen den Ersatz des positiven Schadens. Infolgedessen werden beim Zusammentreffen negativen und positiven Schadens zwei an sich selbständige Ansprüche ausgelöst, die sich gegenseitig nicht ausschließen. Es ist hier noch kurz auf das Wesen dieser Konkurrenz einzugehen.

§ 19.

Zunächst ist diese Konkurrenz nicht mit „Anspruchskonkurrenz" im eigentlichen Sinne zu verwechseln, wenn auch in beiden Fällen im weiteren Sinne zwei Ansprüche miteinander konkurrieren. Unter Anspruchskonkurrenz versteht man[1]: „die Mehrheit von

[1]) v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. 1 S. 282; Lent a. a. O. S. 72; vgl. auch Oertmann Vorbem. 5 a β vor § 823 (S. 1050 f.).

Ansprüchen, die auf ein Ziel sich richten und deshalb sämtlich mit Befriedigung des einen Anspruches erlöschen müssen". Danach steht z. B. der Anspruch auf Wandelung mit dem auf Minderung oder der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus §§ 463, 480 Abs. 2 mit den übrigen Gewährleistungsansprüchen in Anspruchskonkurrenz. Hier dagegen hat der Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung ein ganz anderes Ziel als jeder einzelne der Gewährleistungsansprüche. Die Verwirklichung des einen Anspruchs läßt nicht zugleich den anderen erlöschen.

Andererseits handelt es sich hier auch nicht um die üblichen Formen der „Gesetzeskonkurrenz": Spezialität und Konsumtion, bei deren Vorliegen der eine der beiden konkurrierenden Ansprüche ausscheiden muß. Unter Spezialität ist das Zusammentreffen von anspruchserzeugenden konkreten Tatbeständen zu verstehen, die so viele Tatsachen gemeinsam haben, „daß der eine Tatbestand restlos im anderen aufgeht, deren abstrakte Vorbilder, d. h. vom Gesetz für die Anspruchsentstehung erforderten Tatbestände, aber in einem derartigen Verhältnis zueinander stehen, daß die Deckung der Tatbestände eine notwendige ist".[2]) Die Folge von der Spezialität ist, daß die lex specialis der lex generalis vorgeht. Hier läßt sich jedoch im Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zum Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung keine Spezialität konstruieren, aus dem einfachen Grunde, weil der Tatbestand des einen (Lieferung einer negativ mangelhaften Sache) mit dem des anderen (positiv den Vertrag verletzenden Lieferung einer Sache) nichts notwendig gemein haben, deren Deckung also nicht notwendig ist, wenn überhaupt an eine restlose Deckung des einen Tatbestandes durch den anderen gedacht werden kann.

Ebensowenig ist aber die Konsumtion gegeben. Um mit Lent[3]) zu sprechen, unterscheidet sich die Konsumtion von der Spezialität lediglich dadurch, daß bei dieser die Gesetze, deren Verhältnis zueinander in Betracht kommt, im Verhältnis eines Obertypus zum Untertypus stehen: im Strafrecht ist der schwere Diebstahl eine Unterart des einfachen Diebstahls, weswegen beide im

[2]) vgl. Lent a. a. O. § 2 und S. 192.
[3]) a. a. O. S. 34 f., 193.

Verhältnis der Spezialität stehen. Bei der Konsumtion stehen die Typen (gesetzlichen Tatbestände) im gleichartigen Verhältnis, sodaß der eine nicht als Ober- noch der andere als Untertypus bezeichnet werden kann, wenn nur die beiden selbständigen Begriffe sich ohne Notwendigkeit insofern teilweise decken, daß sie Handlung und Erfolg gemeinsam haben: Zweikampf mit tödlichem Ausgange ist vom Strafgesetzbuch nicht als spezieller Fall (Untertypus) der Tötung noch diese als Untertypus der Körperverletzung behandelt. Dafür stehen sie im Verhältnis der Konsumtion. Dieser Begriff ist ohne Zweifel aus dem Strafrecht in das Zivilrecht zu übertragen. Voraussetzung der Konsumtion bleibt stets Gemeinsamkeit der Handlung und des Erfolges bei beiden konkurrierenden Typen (gesetzlichen Tatbeständen). Der Lieferung einer negativ mangelhaften (schadhaften) Kaufsache — Gewährleistungstype — und der Lieferung einer positiv mangelhaften (schädlichen) Kaufsache — Type der positiven Pflichtverletzung — liegt dann allerdings Gemeinsamkeit der Handlung zugrunde, wenn eine und dieselbe Kaufsache, die zugleich negativ und positiv mangelhaft ist, Objekt der Lieferung ist. Es fehlt aber trotz Gemeinsamkeit der Handlung (einheitlicher Lieferung einer mangelhaften Kaufsache) die Gemeinsamkeit des Erfolges. Denn derselbe Mangel bewirkt als negativer Mangel (Schadhaftigkeit) die Minderwertigkeit und Mindertauglichkeit der Kaufsache (negativen Schaden), als positiver Mangel (Schädlichkeit) aber einen positiven Schaden. Da negativer und positiver Schaden sich in keiner Weise decken, liegt eine Konsumtion also nicht vor.

§ 20.

Es gibt jedoch noch eine im Strafrecht ausgebildete Konkurrenz: Idealkonkurrenz. Ihr Wesen ist insofern unbestritten, als bei ihr Handlungseinheit unter mehrere Gesetze zu subsumieren ist, von denen keines die Tatbestandsmerkmale der Handlungseinheit voll erschöpft, sondern immer einen ungedeckten Rest für den konkurrierenden Gesetzestypus (abstrakten Tatbestand) zur Deckung durch diesen übrigläßt.[1]) Lebhafter Streit im strafrecht-

[1]) vgl. Lent a. a. O. S. 44.

lichen Gebiete herrscht bei der Frage nach dem Wesen der Idealkonkurrenz nur darüber, ob die Handlungseinheit Verbrechenseinheit bedingt oder Mehrheit der Verbrechen zuläßt.[2]) Auf diesen Streit soll es hier jedoch nicht ankommen als vielmehr auf den interessanten Versuch von Lent, den Begriff der Idealkonkurrenz aus dem Strafrecht in das bürgerliche Recht zu übertragen.[3])

Im Strafrecht bedeutet die Idealkonkurrenz die Verletzung mehrerer Normen (oder Rechtsgüter) durch eine Handlung. Diese Bedeutung bleibt der Idealkonkurrenz bei ihrer Anwendung auf das Privatrecht.[4]) Wenn also eine und dieselbe bürgerlich-rechtliche Handlung unter zwei Normenkomplexe fällt und dadurch zwei selbständige Rechtsfolgen (Ansprüche) auslöst, die derart miteinander konkurrieren, daß die Geltendmachung der einen Rechtsfolgen nicht die anderen ausschließt, so stehen diese begrifflich in Idealkonkurrenz miteinander. Die einheitliche Lieferung einer mangelhaften Kaufsache, die infolge desselben Mangels sowohl negativ schadhaft wie positiv schädlich ist (in dem oben S. 4 genannten Beispiel: brandiger Saatweizen), löst nach unseren bisherigen Ausführungen aus den beiden Normenkomplexen der Gewährleistung für Sachmängel (§§ 459 ff.) und der Haftung für positive Pflichtverletzung zwei selbständige Ansprüche nebeneinander aus: wegen des durch die Schadhaftigkeit bewirkten Minderwertes der Ernte die Gewährleistungsansprüche, wegen der Entwertung des Ackers infolge der positiven Schädlichkeit den Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung. Mithin ist die Konkurrenz der Gewährleistungsansprüche mit dem Schadenersatzanspruch wegen positiver Pflichtverletzung als eine Idealkonkurrenz zu bezeichnen.

§ 21.

Man könnte daraus entsprechend dem Strafrecht die Folgerung ziehen, daß das eine Gesetz ausscheidet und nur dasjenige

---

[2]) vgl. hierüber Lent a. a. O. S. 44 f.; Frank, Komm. z. StGB. § 73 II und die dort zitierte Literatur.

[3]) a. a. O. S. 67 f., 193 f.

[4]) vgl. Lent a. a. O. S. 67 ff.

zur Anwendung kommt, welches den weitestgehenden Anspruch auslöst. Das würde aber unüberwindliche Schwierigkeiten auslösen. Welcher Anspruch sollte am weitesten gehen? Es könnte auch eine kombinierte Rechtsfolge als Folge der Idealkonkurrenz anerkannt werden. Aber wohin sollten die konkurrierenden Ansprüche kombiniert werden? Auf diese Frage ist einzugehen, weil anscheinend nach Lent die Idealkonkurrenz im bürgerlichen Recht eine einheitliche Rechtsfolge aus der einen Leistung auslösen soll, wenn auch diese Rechtsfolge in einer Kombination der konkurrierenden Ansprüche besteht, niemals aber in einem unveränderten Nebeneinanderbestehen der Ansprüche besteht.[1])

Hier ist von den Ansichten über den oben erwähnten Streit über die Frage, ob im Strafrecht Handlungseinheit Verbrechenseinheit bedingt oder Mehrheit der Verbrechen zuläßt, auszugehen. Zu dieser Frage selbst braucht hier jedoch nicht Stellung genommen zu werden. Denn unseres Erachtens bleibt die Beantwortung derselben gleich, da in keinem Fall eine Kombination der Ansprüche im bürgerlichen Recht durch die Idealkonkurrenz bewirkt wird. Anders dagegen Lent. Er konzediert allerdings unsere Ansicht, wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß Handlungseinheit Mehrheit der Verbrechen zuläßt. Denn dann besteht nach Lent[2]) keine Gesetzeskonkurrenz. Anders nur, wenn Handlungseinheit die Verbrechenseinheit bedingt wie nach Lent. Denn dann soll nach ihm Gesetzeskonkurrenz vorliegen.[3]) Da die Folge der Gesetzeskonkurrenz die Einheit der Rechtsfolgen: ein Anspruch sei, so folge aus der Idealkonkurrenz auch nur ein, wenn auch kombinierter Anspruch.

Es kann dahingestellt bleiben, ob Idealkonkurrenz für den Fall, daß man von dem Satz: „Handlungseinheit bedinge Verbrechenseinheit", ausgeht, ein Fall von Gesetzeskonkurrenz ist. Denn selbst will man dies konzedieren, so ist es doch ein fundamentaler Irrtum von Lent, die Einheit der Rechtsfolge auf die Idealkonkurrenz zu übertragen. Schon der Satz, daß Gesetzes-

[1]) a. a. O. S. 72 ausdrücklich für die Idealkonkurrenz mit Rücksicht auf das bürgerliche Recht.

[2]) a. a. O. S. 44/45.

[3]) a. a. O. S. 44/45.

konkurrenz, die nach Lent vorliegen soll, wenn ein Tatbestand unter zwei Gesetze fällt,[4]) Einheit der Rechtsfolge auslöse,[5]) ist in seiner Allgemeinheit nicht richtig. Dieser Satz ist von Lent lediglich aus den beiden Fällen der Gesetzeskonkurrenz: aus der Spezialität und Konsumtion gefolgert, wo die Einheit der Rechtsfolge zweifellos berechtigt ist. Dies aber auf die Idealkonkurrenz zu übertragen, ist ein Fehler. Denn notwendig ist die Einheit der Rechtsfolge bei der Idealkonkurrenz niemals. Nur im Strafrecht kann ein Verbrechen[6]) nur eine Strafe auslösen. Es kann nicht, weil es nach zwei Gesetzen strafbar ist, auch doppelt bestraft werden. Selbst gewaltsamer Beischlaf mit der verheirateten Schwester, ein Verbrechen, welches unter mehrere Strafgesetze fällt,[7]) kann nur einmal bestraft werden. Die Art der Ausscheidung der Gesetze bis auf eins, dessen Strafmaß benutzt wird, beruht auf der rein mechanischen Gesetzesbestimmung des § 73 StGB. Notwendig ist das Ausscheiden einzelner Gesetze niemals. Hätten wir nicht den strafrechtlichen Grundsatz, daß ein Verbrechen nur einmal bestraft werden kann, könnte ein Verbrechen bei Idealkonkurrenz sehr wohl mehrere Strafen auslösen. Die Wirkung der Idealkonkurrenz ist also eine Folge rein strafrechtlicher Vorschrift. Es gilt daher für das bürgerliche Recht, insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch, das keine Vorschriften über Idealkonkurrenz hat, nicht. Es ist also unrichtig, die Folgen der Spezialität und Konsumtion deshalb auf die Idealkonkurrenz zu erstrecken, weil auch sie Gesetzeskonkurrenz ist. Umgekehrt hätte Lent, wenn er schon die Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz ansieht, das Wesen der letzten nach der Idealkonkurrenz bestimmen und die Rechtsfolgen der Gesetzeskonkurrenz scheiden müssen, je nachdem es sich um Spezialität bezw. Konsumtion oder Idealkonkurrenz handelt. Der von Lent[8]) aufgestellte Satz, daß „bei der Gesetzeskonkurrenz nur eine einfache oder — bei der Idealkonkurrenz — kombinierte, jedenfalls

---

[4]) a. a. O. S. 4, 70.
[5]) a. a. O. S. 38, 72.
[6]) Lent geht ja von der Handlungseinheit als Verbrechenseinheit aus.
[7]) vgl. Frank a. a. O. § 73 I, 2.
[8]) a. a. O. S. 72.

aber *veränderte* Rechtswirkung eintrete", ist also unrichtig, soweit die Idealkonkurrenz in Frage steht.

Da es an einer positiven Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch über die Behandlung der Idealkonkurrenz fehlt, der Begriff der Idealkonkurrenz auch nicht zwingt, daß eine vertragliche Leistung auch nur eine einheitliche Rechtsfolge auslöst, so steht dem nichts entgegen, daß im vorliegenden Falle, der sich rein äußerlich nur als Idealkonkurrenz darstellt, beide Anspruchsarten *nebeneinander* vom Käufer geltend gemacht werden können, also neben den Gewährleistungsvorschriften auch der Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß oben gesagt ist, „anscheinend" sei *Lent* anderer Ansicht. Denn auf S. 194 stellt *Lent* die zu seinen obenerwähnten Ausführungen[9]) im völligen Widerspruch stehenden Rechtssätze auf, daß die im Strafrecht geltende positivrechtliche Gestaltung der Idealkonkurrenz im bürgerlichen Recht selbstverständlich nicht bindend sei, und deshalb die in Konkurrenz stehenden Gesetze auch beide zur Anwendung gebracht würden. Hierin sei die Kombination der Rechtsfolgen[10]) als Ausfluß der Gesetzeskonkurrenz zu sehen. Es käme daher oft zur Entstehung mehrerer Ansprüche. Dies Zugeständnis ist jedenfalls als die allein richtige Auffassung zu akzeptieren.

---

[9]) *Lent* a. a. O. S. 72.

[10]) Zu beachten ist, daß *Lent* unter Kombination auf S. 72 immer eine *veränderte* Rechtsfolge versteht, während er auf S. 194 unter Kombination ein *Nebeneinander* (also unveränderte Rechtsfolge) wie eine Wahl und endlich eine Verbindung der Rechtsfolgen versteht.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.